Der Begriff des mittelbaren Besitzes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Harro Lorenzen
Referendar aus Blankenese

Marburg 1934
Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg (Lahn)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 20. Oktober 1933
Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard

Inhalt

Schrifttum

Lehrbücher und Kommentare.

Biermann, Joh.: Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Buch Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1914.

Bunsen: Einführung in das BGB für das deutsche Reich. I. Rostock 1897.

Cosack, Conr.: Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1930.

Crome, Karl: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Band, Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905.

Dernburg, H.: Das Sachenrecht des deutschen Reichs und Preußens. 3. Band, Halle 1898.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band, 1. Abt., Sachenrecht 8.—9. Auflage, Berlin 1905. 3.—5. Auflage, Berlin 1900.

Goldmann-Lilienthal: Das BGB, systematisch dargestellt, 2. Band. Sachenrecht, Berlin 1912.

Gierke, O. v.: Deutsches Privatrecht, 2. Band. Sachenrecht, Leipzig 1905.

Jaeger: Kommentar zur KO. II. 5. Auflage. Berlin 1914.

Kipp, Th.: Lehrb. des Pandektenrechts. 1. Bd., 8. Aufl. Frankf. a.M. 1900.

Kretzschmar, Ferd.: Das Sachenrecht des BGB. Leipzig 1906.

Maenner, K.: Das Sachenrecht nach dem BGB. 2. Aufl., München 1906.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 5. Auflage, Berlin 1910.

Neumann, H.: Handausgabe des BGB für das deutsche Reich. 1. Band, 1.—3. Buch, 3. Auflage, Berlin 1903.

Petersen-Kleinfeller: KO für das deutsche Reich. Lahr 1900.

Planck: Sachenrecht. 3. Band, Berlin 1920.

Reichsgerichtsräte-Kommentar (RGRK) 2. Band, Berlin 1921.

Rosenberg, L.: Sachenrecht. 1. Halbb. München 1919.

Sohm, R.: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Auflage, Leipzig 1928.

Staub-Könige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12.—13. Auflage, Leipzig 1927.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 3. Band, Sachenrecht. 1. Teil. Leipzig 1926.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 1. Band. Paderborn 1902.

" Das Liegenschaftsrecht. 1. Band, Das Sachenrecht des BGB. Tübingen 1906.

Tuhr, A. v.: Allgemeiner Teil des BGB. 1. Band 2. Auflage, Berlin 1926.

Wolff, M.: In Enneccerus II, 1, das Sachenrecht. 7. Bearb. Marburg 1927.

" Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. 4. Band, 1. Abt. Leipzig 1917.

Monographien.

Bekker: Beiträge zur Auslegung des BGB. Aphorismen zur Besitzlehre. 1. Heft. Leipzig 1902.
„ Das Recht des Besitzes bei den Römern. Festgabe an Joh. Casp. Bluntschli. Leipzig 1880.
Breit: Die Geschäftsfähigkeit. 1. Hälfte. Leipzig 1903.
Bruns, C. G.: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.
Bruns, V.: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.
Buhl, H.: Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. Berlin 1901.
Gaertner: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 4. Heft. Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust. Breslau 1901.
Gierke, O.: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes. Jena 1897.
Hein: Duldung der Zwangsvollstreckung. Breslau 1911.
Heusler, A.: die Gewere. Weimar 1872.
Ihering, Rud. v.: der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode. Jena 1889.
Isay, H.: Die Geschäftsführung nach dem BGB. Jena 1900.
Kluckhohn: Die Verfügungen zugunsten Dritter. München 1914.
Kniep, Ferd.: Der Besitz des BGB., gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. Jena 1900.
Kreß, H.: Besitz und Recht. Eine zivilrechtliche Abhandlung. Nürnberg und Leipzig 1909.
Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Rohde: Studien im Besitzrecht.
Savigny, Fr. C. v.: Das Recht des Besitzes. Eine zivilistische Abhandlung. 7. Auflage, Wien 1865.
Sokolowsky, P.: Die Philosophie im Privatrecht. 2. Band, Halle 1907.
Wittmaarck: Das Erbbaurecht des BGB. München 1906.

Zeitschriften.

Aravantinos: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung. Iherings Jahrbuch 48, 116 Anm. 31.
Bendix: Die Besitzlehre nach dem BGB. „Das Recht“ 4. Jahrg. Nr. 3, Seite 45 ff.
Flechtheim: Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt. JW. 1911, 345.
Foertsch: in Gruchots „Beiträgen“ 43, 545.
Geisler: JW. 1905, 521.
Grützmann: Krit. Viertelj.-Schrift 41, 505.
Hellmann: Krit. Viertelj.-Schrift 50, 116.
Last: Fragen der Besitzlehre. Iherings Jahrb. 73, 90 ff., 134 ff.
Mengelkoch: Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB, Iherings Jahrb. 76, 53 ff.
Oertmann: Iherings Jahrb. 44, 214.
Przibilla: JW. 08, 396.
„ Iherings Jahrb. 50, 323 ff.
Pudor: JW. 1905, 314.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im BGB. Arch.ziv.Pr. 93,232.
Strohal: Der Sachbesitz nach dem BGB. Iherings Jahrb. 38, 59, 35, 72.
Thiesing: Arch. bürg. R. 20, 246.
Ullmann: Zur Lehre vom Besitz des Mannes am eingebrachten Vermögen. Arch. bürg. Recht 22, 109.
„ Der mittelbare Besitz des BGB. Arch. ziv. Prax. 92, 306.
Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. Arch. ziv. Prax. 87, 40, 62.

§ 1. Geschichtliche Entwicklung des mittelbaren Besitzes.

I. Der Besitz wird nach § 854 Abs. 1 BGB durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erworben. Im Gegensatz zum rechtlichen Sachherrn, dem Eigentümer, ist also Besitzer, wer die Sache tatsächlich in der Hand hat. So besitzt der Mieter die gemietete Wohnung, der Verwahrer den hinterlegten Gegenstand, aber auch der Dieb ist Besitzer des Diebesguts.

Es sind jedoch vom BGB. Fälle geregelt, in denen Besitz und tatsächliche Gewalt nicht zusammenfallen. So kann einerseits jemand Inhaber sein, ohne Besitz zu haben, z. B. der Arbeiter bez. des Arbeitsgeräts. Das ist der Fall des Besitzdienstes § 855 BGB. Andererseits gibt es Besitzer ohne wirkliche Inhabung. Diese bezeichnet das Gesetz in § 868 als mittelbare Besitzer. Mittelbarer Besitz ist der durch den Besitz eines andern in einem in § 868 näher bezeichneten Rechtsverhältnis vermittelte Besitz. Von diesem mittelbaren Besitz handeln die folgenden Ausführungen.

II. Bevor wir die einzelnen Kriterien unseres Rechtsinstituts nach dem BGB. erörtern, wollen wir seine historische Entwicklung im Rahmen des römischen und älteren deutschen Rechts kurz betrachten[1]).

1. Das römische Recht unterschied zwischen Verkehrsbesitz und juristischem Besitz.

a) Als Besitzer wurde angesehen, wer eine Sache animo et corpore innehatte. Es genügte also nicht, wie nach dem BGB. die tatsächliche Gewalt, sondern es mußte zu ihr ein Besitzwille hinzutreten. Dieser Besitz war, wie sich aus der Besitzlehre des Paulus ergibt, ursprünglich animus domini, d. h. der Wille, die Sache als Eigentümer zu haben.

b. Übte ein Dritter die tatsächliche Gewalt über die Sache aus und erkannte ein fremdes Eigentum an, so wurde er nicht Besitzer, da ihm ja dann der animus domini fehlte; der Eigentümer behielt

1) Vgl. zu diesem Abschnitt Bekker, das Recht des Besitzes bei den Römern § 22; Bruns, Recht des Besitzes §§ 1, 2, 12, 31, 43—46, 48—52; Heusler, Gewere §§ 2, 7, 9, 22, 24, 32; Ihering, Besitzwille Seite 369 ff., Seite 470; Kreß, Besitz und Recht §§ 16/17, 19, 20, 27; Savigny, Recht des Besitzes §§ 23—25.).

den alleinigen Besitz. So waren der Mieter, Pächter, Depositar und Kommodatar nur Detentoren, sie hatten die rechtliche Stellung eines Besitzdieners. Der Vermieter, Verpächter, Deponent, Kommodant behielten den juristischen Besitz. So kam für diese Verhältnisse ein mittelbarer Besitz gar nicht in Frage. Der Zweck dieser Regelung bestand hauptsächlich darin, dem Eigenbesitzer die Ersitzungszeit nicht unnötig zu verlängern. Dieser Rechtszustand erklärt sich aus der römischen Ersitzung.

c. Von dieser allgemeinen Lehre entwickelten sich Ausnahmen, deren Behandlung aber schon bei den römischen Juristen mehr oder weniger unsicher und umstritten war. Gewisse Fremdbesitzer wurden als wahre Besitzer behandelt, und zwar kamen in Betracht der Faustpfandgläubiger, der Prekarist, der Sequester, der Emphyteuta und der Superficiar. Man bezeichnet diese Fälle auch als abgeleiteten Besitz. Der Besitz des Pfandgläubigers ist unbestritten. Dafür sprechen auch schon praktische Gründe: Er war nämlich gegen Eingriffe in seinen Besitz lange Zeit schutzlos. Bevor der Prätor hier einen Rechtsschutz gewährte. Außer Zweifel steht der Besitz des Prekaristen, wenn das Prekarium auf volle Überlassung der Sache gerichtet war. Der Sequester war nur dann Besitzer, wenn es besonders ausgemacht war. Um den Widerspruch mit der bloßen Detentoreigenschaft des Depositars zu bezeichnen, sprach man oft von einer Sequestration des Besitzes im Gegensatz zu einer Verwahrung der Sache. Eine weitere Erklärung findet sich jedoch nicht. Ausdrücklich ausgesprochen wird auch der Besitz des Emphyteuta Der Superficiar wird zunächst nur als Rechtsbesitzer anerkannt, aber scheinbar haben die Römer doch auch ihm Sachbesitz gegeben, denn die rei vindicatio, die nur gegen den Besitzer zulässig ist, wurde auf das Grundstück, nicht auf die Superficies, bezogen. Auch spricht dafür die Ähnlichkeit mit der Emphyteuse.

Einen Vergleich mit unserm heutigen mittelbaren Besitz lassen diese Fälle nicht zu. Der Eigentümer der Pfandsache und der Prekariumgeber behalten den juristischen Besitz, eben weil sie den animus domini haben. Der praktische Zweck kann nur sein, einem Eigenbesitzer, der nicht Eigentümer ist, den unbehinderten Fortlauf der Ersitzungsfrist zu ermöglichen. Dieser Besitz ist also dem des Pfandgläubigers gegenüber völlig selbständig. Der Gedanke des Instituts des mittelbaren Besitzes dagegen ist ein stufenförmiger Aufbau der verschiedenen Besitzarten, also eine wahre Vermittlung des Oberbesitzes durch den Unterbesitz. Vgl. auch dig. 43, 26 l 15 § 4: Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liccat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est, placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum.

2. Im germanischen Recht war Besitzer, wer die Gewere hatte.

a. Die deutschrechtliche Gewere und die römische possessio sind in ihren Ausgangspunkten nahe verwandt. Auch hier ist der Ausgangspunkt eine faktische Herrschaft. Auch die Gewere war nur der rechtlich anerkannte Besitz. In früherer Zeit hatte nur der Eigentümer Nutzung und Gewere. Aber schon in der fränkischen Zeit erweiterte sich der Begriff. Das fränkische Recht verstand schon unter der Gewere den Besitz, der sich in der Nutzung äußerte. Eigentumswille war also nicht notwendig, sondern jeder, der eine Sache tatsächlich nutzte, war Gewereinhaber ohne Rücksicht darauf, ob der Nutzende die Sache tatsächlich hatte. So wurde auch hier durch Vermieten die Gewere nicht verloren; einen abgeleiteten Besitz gab es nicht. Die Gewere an der Fahrnis wurde durch diejenige am liegenden Gut umfaßt. Diese Entwicklung erklärt sich aus der Verbreitung des Lehnswesens und aus der im Verhältnis zum römischen Recht stärkeren Neigung des deutschen Rechts zur Eigentumsbeschränkung. Im Falle der Fremdnutzung war nur der Nutzende, nicht der Eigentümer, Besitzer.

b. Im mittelalterlich deutschen Recht ist die Gewere der auf Nutzung des Gutes beruhende Besitz, der mit dem Willen ausgeübt wird, die Sache zu dem dieser Nutzung entsprechenden Recht für sich zu haben. Am liegenden Gut entwickeln sich nunmehr zwei Arten der Gewere, die ledigliche und die hebbende Gewere, welche als die historischen Wurzeln unseres heutigen mittelbaren und unmittlbaren Besitzes anzusehen sind. Die ledigliche Gewere ist der durch direkte Einwirkung auf die Sache ausgeübte Besitz. Detention ist nicht erforderlich; der Inhaber braucht nur in erster Hand den Ertrag des Gutes zu beziehen, während die hebbende Gewere der Besitz des Gutes mit dem Willen ist, es für sich zu haben. Diese wird durch das Mittel der Nutzung ohne faktische Einwirkung ausgeübt. Sie entspricht dem juristischen Besitz des römischen Rechts. Beispiel: Hebbende Gewere des Lehnsherrn, ledigliche Gewere des Lehnsmanns am Lehen. So bildet sich hier allgemein die mehrfache Gewere aus im Gegensatz zum römischen Recht, das einen mehrfachen Besitz nicht kennt.

3. Da, wie gezeigt, die Ausgangspunkte und die Grundsätze der römischen und deutschen Besitzlehre vielfach übereinstimmten, glaubten die italienischen Glossatoren, einfach römische und germanische Rechtsgedanken vermischen und auf die deutsche Praxis die Begriffe der römischen Wissenschaft anwenden zu können. So wurden z. B. für die mehrfache Gewere des Eigentümers und des Lehnsmanns die Begriffe possessio civilis und possessio naturalis verwendet, wobei man den Besitz des Eigentümers als zivilen, den des Vasallen als naturalen bezeichnete. Diese Vermischung germanischen und römischen Rechts hatte nun aber eine mehr und mehr

anwachsende Verwirrung und Unklarheit der Lehren vom Zivil- und Naturalbesitz zur Folge. Manche verlangten einerseits animus domini, wollten aber andererseits den Interdiktenschutz auf bloße Detentoren erweitern, wobei der Pächter usw. ausgenommen wurden. Andere wiederum verlangten nur animus possidendi und sprachen den meisten Inhabern dinglicher Rechte Besitz zu. Irgendwelche Begründung oder Erklärung ihrer Unterscheidung, z. B. warum der Prekarist Besitzer, der Usufruktuar hingegen nur Detentor sei, sucht man aber vergebens.

Ähnlich steht es mit der Lehre vom Zivil- und Naturalbesitz. Einige behandeln diese Besitzarten einheitlich, andere machen zwei selbständige Besitzarten daraus; den Hauptfall bildet hier der abgeleitete Besitz. Dieser soll nur auf dem corpus beruhen, sich aber doch durch den animus von der Detention unterscheiden. Es leuchtet ein, daß auf diese Weise praktisch brauchbare Ergebnisse kaum erzielt wurden.

4. Die deutsche Theorie und Praxis des sechzehnten Jahrhunderts stellen sich im wesentlichen als eine Wiederholung italienischer Rechtsgedanken dar. Es ist nicht das reine römische Recht rezipiert worden, sondern die Besitzlehre der Glossatoren. Auf diese Weise hat sich auch deutsches Recht erhalten. So wurde z. B. der mehrfache Besitz von Eigentümer und Vasallen anerkannt. Im siebzehnten und achtzehnten Jahrhundert begann die deutsche Rechtswissenschaft unter Anknüpfung an französische Rechtsgedanken, allmählich sich der italienischen Jurisprudenz gegenüber zu verselbständigen. Man versuchte nun auch, die innere Begründung des Besitzes und seine Stellung im Rechtssystem zu erfassen; die Ergebnisse sind auch hier wenig befriedigend. Üblich ist noch die Unterscheidung zwischen Besitz und Detention, die jedoch von einigen, wie Leyser und Thibaut als eine Willkür des positiven Rechts über Bord geworfen wird. Auch die Lehre vom abgeleiteten Besitz wird noch vertreten. Jedem dinglichen Recht sollte ein Besitz entsprechen.

5. Die großen Kodifikationen der deutschen Staaten im achtzehnten Jahrhundert versuchten wenigstens praktisch eine Erweiterung des herkömmlichen Besitzbegriffes.

6. Auch die französische Rechtswissenschaft, die später auf das deutsche Recht einen gewissen Einfluß ausübte, nahm römische Rechtsgedanken auf. Auch hier verlangte man zum Besitz meist Detention und animus domini. Der abgeleitete Besitz wird auf eine nicht gerechtfertigte Besitzübertragung gegründet oder bleibt überhaupt unerklärt. Nur einzelne zählen diese Fälle zum eigentlichen Besitz unter Beschränkung des animus domini auf den Zivilbesitz.

a. Nach dem Cod. Max. Bav. von 1756 ist Besitz tatsächliche Gewalt mit dem Willen, die Sache für sich zu haben. Zivilbesitz ist

hier auch jeder abgeleitete Besitz, wie Nutznießung und Pacht; also jeder Besitz zu eigenem Nutzen. Inhabung zu fremdem Nutzen, z. B. depositum, ist kein Besitz.

b. Das preußische Landrecht von 1794 geht von dem Begriff der Inhabung aus. Inhaber ist, wer eine fremde Sache in Gewahrsam hat; wer sie zu eigenem Nutzen nimmt, ist Besitzer, und zwar, wenn er fremdes Eigentum anerkennt, unvollständiger; sonst vollständiger Besitzer. So lebte auch in der Landesgesetzgebung der deutschrechtliche Gewerebegriff neu auf und wurde sogar durch Einbeziehung des Pächters noch erweitert.

c. Eine ähnliche Erweiterung des Besitzbegriffes sehen wir in den übrigen deutschen Gesetzgebungen.

7. Die Wissenschaft erfährt einen neuen Aufschwung durch das 1803 erschienene Werk F. C. v. Savigny: Das Recht des Besitzes. Wenn auch die Ergebnisse Savignys für die damalige Praxis weniger brauchbar waren, so stellt sein Werk doch den ersten bedeutenden Versuch dar, das Besitzrecht in seiner inneren Begründung und Gestaltung im positiven römischen Recht klar aufzuzeigen. Er verlangt animus domini. Andere Fälle des Besitzes sind ihm nur Anomalien des positiven Rechts und rein historisch zu erklären. So erklärt er den Besitz des Pfandgläubigers als Überrest der Pfandbestellung mittels Eigentumsübertragung durch Manzipation.

Die Lehre Savignys blieb das ganze vorige Jahrhundert hindurch die Grundlage der Besitzlehre, und die herrschende Meinung schloß sich ihm an.

Einen Vorstoß gegen die Lehre vom animus domini unternahm gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts Rudolf von Ihering in seinem Buch: „Der Besitzwille". Im Gegensatz zu Savigny erklärt dieser die Fälle des abgeleiteten Besitzes rein aus Zweckmäßigkeitserwägungen. Der Besitz des Pfandgläubigers diene dessen Schutzbedürfnis gegenüber Dritten und auch dem Verpfänder selbst, der ihm ja sonst die Sache beliebig mit Gewalt abnehmen könne, ohne verbotene Eigenmacht zu begehen. Der Besitz des Sequesters entspreche dem Zweck der Sequestration, dem Sequester im Falle der rei vindicatio Schutz gegen den beklagten Besitzer zu gewähren.

8. Doch ist Ihering mit seiner Lehre zunächst nicht durchgedrungen. Der erste Entwurf zum BGB. hat sich vielmehr im ganzen der Savignyschen Lehre angeschlossen. Obgleich der Entwurf schon in manchen Punkten Fortschritte aufweist, hat er sich doch grundsätzlich der romanistischen Theorie zu Liebe auf den Standpunkt der herrschenden Lehre gestellt. Er unterscheidet wie diese zwischen Besitz und Inhabung. Zum Besitz ist der Wille notwendig, die Sache als die eigene zu haben. Trotzdem verleiht er dem Inhaber die Besitzschutzmittel, so daß der Inhaber zum Besitz

praktisch alles hat außer dem Namen, dem Besitzer dagegen in diesem Falle nichts als der Name verbleibt. Dagegen ist die Lehre durch das BGB. völlig geändert worden. Nach ihm ist jeder Gewalthaber Besitzer, wobei es in keiner Weise darauf ankommt, ob er die Sache als seine eigene oder als eine fremde haben will. Daher sind der Mieter, der Finder usw. wahre Besitzer. Neben dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt tritt als weiterer Besitzer nach § 868 BGB. der mittelbare Besitzer und zwar dann, wenn der tatsächliche Gewalthaber zu einem Dritten in einem Verhältnis der dort bezeichneten Art steht. Daher ist neben dem Mieter der Vermieter, neben dem Pfandgläubiger der Verpfänder, Besitzer.

9. Die Erörterungen über den mittelbaren Besitz, wie wir ihn in § 868 BGB. vor uns haben, wurden erst bei der Beratung des E. II aufgenommen. Nach anfänglichen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob und inwieweit der mittelbare Besitz als wirklicher Besitz zu behandeln sei, wurde endlich beschlossen, ihn als solchen anzuerkennen, so daß nunmehr auf ihn alle auf den Besitz bezüglichen Vorschriften anwendbar sind, soweit nicht ausdrückliche Bestimmungen oder der Gesamtsinn der Gesetzesvorschriften entgegenstehen.

Die Erfordernisse des mittelbaren Besitzes.

§ 2. A. Herausgabeanspruch. Gültigkeit des Rechtsverhältnisses.

Die Merkmale des mittelbaren Besitzes sind in § 868 BGB. aufgeführt. Diese Vorschrift lautet: Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer." Es muß also irgendeine rechtliche Beziehung zwischen Ober- und Unterbesitzer bestehen.

Die erste recht umstrittene Frage ist nun die, ob der mittelbare Besitzer einen gültigen Herausgabeanspruch haben muß, und ob sonst die Gültigkeit des in § 868 genannten Verhältnisses erforderlich ist.

I. Was zunächst den Herausgabeanspruch betrifft, so geht die herrschende Lehre[1]) dahin, daß ein vermeintlicher Herausgabeanspruch genüge. So meint P l a n c k, § 870 BGB. stehe dieser Annahme nicht entgegen; er denke nur an einen vermeintlichen Herausgabeanspruch. § 934, der vom Erwerb kraft guten Glaubens durch Abtretung des Herausgabeanspruchs handelt, meine auch nur den Regelfall, wo ein solcher Anspruch auch wirklich bestehe. Nach

1) Planck zu § 868, 3, Staudinger II, 2 zu § 868, Gierke § 114, Seite 220, RGRK. zu § 868, 2, Crome System Band 3 § 345, Endemann § 32, Neumann II,2 zu § 868, Goldmann-Lilienthal § 1, Anm. 13, Gierke Gutachten Seite 34, Turnau-Förster zu § 868, 2, Kretzschmar zu § 868, 2b, Przibilla JW. 08 Seite 396.

Crome ist ein Herausgabeanspruch im Falle der Anerkennung des mittelbaren Besitzes durch den Mittler nicht nur nicht erforderlich, sondern bei Fehlen dieser Anerkennung auch nicht genügend. Przibilla erblickt in der Gegenansicht eine Verkennung der tatsächlichen Herrschaftsnatur des Besitzes. Der obligatorische Anspruch diene nur zur Beendigung des Verhältnisses, brauche also nicht zur Zeit der Berechtigung des Mittlers zu bestehen. Das Bestehen eines Herausgabeanspruchs verlangen Wolff (a.a.O. § 8), Kreß (a.a.O. § 39), Last (a.a.O. S. 134 ff), Kipp zu Windscheid (I S. 697), Rosenberg (II,a zu § 868), Mengelkoch (a.a.O. 76, 53), Aravantinos (a.a.O. 48, 116 Anm. 3), Strohal (a.a.O. S. 59). Rohde (S. 14 ff.), Biermann (§ 868,2,d). Die Vertreter dieser Lehre berufen sich zumeist auf § 870 BGB., wonach der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen wird. Last hält die Auffassung, daß § 870 an einen vermeintlichen Anspruch denke, nicht für annehmbar. Die Vertreter der herrschenden Lehre führten ihre Ansicht nicht folgerichtig durch, da sie zur Eigentumsübertragung gemäß § 934 den rechtlichen Bestand des Herausgabeanspruchs verlange. Daran zeige sich, daß dieser Anspruch das Minimum des mittelbaren Besitzes sei. Mengelkoch beruft sich auf die Unabtretbarkeit eines nicht bestehenden Anspruchs. Sei dieser rechtlich nicht vorhanden, so träten die Rechtsfolgen des § 306 BGB. ein; gebe der Zedent ein Garantieversprechen, so sei die Abtretung zwar gemäß §§ 437, 445 BGB. gültig; es werde aber nur ein Schadenersatzanspruch des Zessionars gegen den Zedenten ausgelöst. Strohal folgert das Erfordernis eines gültigen Anspruchs aus seiner Ansicht, daß das Wesen des Rechtsverhältnisses und damit des mittelbaren Besitzes in der Anvertrauung der Sache an den Mittler bestehe. Rohde hebt hervor, ein vermeintlicher Anspruch sei kein Anspruch. Wenn das Gesetz einen solchen meinte, dann hätte es sich dementsprechend ausdrücken können. Durch Abtretung eines vermeintlichen Anspruchs erlange man keine rechtliche Herrschaft. Nach der herrschenden Lehre sehe es so aus, als ob der Mittler seinen Willen in den Dienst des mittelbaren Besitzers stellen müsse, so wie nach römischem Recht der Detentor für den Besitzer die Gewalt ausgeübt habe. Dann könne aber die Abtretung des Anspruchs zur Übertragung des mittelbaren Besitzes nicht genügen, sondern es müsse die Anerkennung des Zessionars durch den Mittler hinzukommen, was jedoch § 870 BGB. nicht erfordere; auch § 934 BGB. sage nichts von einem vermeintlichen Anspruch.

Die Lösung dieser Frage ist m. E. allein in § 870 BGB. zu suchen. Nach § 870 wird der mittelbare Besitz durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe auf einen andern übertragen. Um die herrschende Lehre, die sich mit einem vermeintlichen Anspruch begnügen will, bewerten zu können, braucht man nur die Abtretung

eines solchen vermeintlichen Anspruchs auf ihre Wirksamkeit zu prüfen. Diese Frage dürfte auch nicht allzu schwer zu lösen sein, denn sie beantwortet sich unmittelbar aus dem Gesetz. Gemäß § 413 BGB. finden auf die Abtretung von Ansprüchen jeglicher Art die Grundsätze über die Übertragung von Forderungen Anwendung. Gemäß § 404 BGB. kann nun der Schuldner dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die in der Person des Vormannes begründet waren. Es findet also grundsätzlich — ausgenommen die Fälle des § 405 BGB. — keinerlei Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines Anspruchs statt. Ein vermeintlicher Anspruch wird also durch Abtretung nicht zu einem wirklichen. Wird ein Anspruch, der überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist, abgetreten, so liegt eine von Anfang an unmögliche Leistung vor, und es treten die Folgen der §§ 306 ff. BGB. ein. Ist der Anspruch im Grunde von Bestand, steht er aber gerade dem Zedenten nicht zu, so liegt ursprüngliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung vor. In beiden Fällen entstehen Schadensersatzansprüche, aber nur zwischen Zedent und Zessionar und nicht gegen den angeblichen Besitzmittler. Es zeigt sich also, daß § 870 auf einen nur vermeintlichen Anspruch gar nicht passen kann. Wenn Planck meint, § 870 stehe der herrschenden Lehre nicht entgegen, so scheint mir diese Behauptung kaum verständlich. Przibilla ist zuzugeben, daß der Herausgabeanspruch erst mit der Beendigung des mittelbaren Besitzes zu Tage tritt; denn sonst stände es im Belieben des Oberbesitzers, den Besitz des Mittlers jederzeit durch Anforderung der Sache zu beenden. Doch muß der Anspruch wenigstens als betagter auch schon während der Dauer der Berechtigung oder Verpflichtung des Unterbesitzers vorhanden sein.

II. Schwieriger ist die Frage nach der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses im übrigen. Hier bestehen drei Ansichten. Die erste, welche die herrschende ist, hält ein bloß vermeintliches, ein Putativverhältnis, für genügend; die zweite fordert ein gültiges Rechtsverhältnis. Die dritte endlich nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein. Nach ihr braucht das Rechtsverhältnis zwar nicht unbedingt rechtsbeständig zu sein, es muß aber ein Herausgabeanspruch bestehen. Dieser soll bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses insbesondere ein Bereicherungsanspruch sein.

1. Die herrschende Lehre wird von denselben Schriftstellern vertreten, die einen vermeintlichen Herausgabeanspruch für genügend erachten (vgl. die unter I Zitierten). Man glaubt, der mittelbare Besitz entstehe schon dadurch, daß die Parteien das Rechtsverhältnis als gültig ansähen und der Mittler den Oberbesitzer anerkenne, für ihn besitzen wolle. Diese Ansicht wird in der Hauptsache auf Äußerungen gestützt, die bei der Beratung in der zweiten Kommission über das Besitzkonstitut gefallen sind, sodann auf den Wortlaut des § 868, Besitz „als Nießbraucher" usw. Endlich beruft

man sich darauf: die Gegenansicht führe zur Unterbrechung der Ersitzung, wenn der ersitzende Nichteigentümer einen rechtsungültigen Nießbrauch bestelle. So führt Biermann (zu § 868, 2,d) aus: Rechtsgültigkeit des Verhältnisses sei nicht erforderlich; denn bei der Beratung in der zweiten Kommission sei ausdrücklich bemerkt worden, daß zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller kein objektives, obligatorisches Rechtsverhältnis erforderlich sei, sondern daß es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen. Für diese Ansicht spreche, so sagt Biermann, auch der Wortlaut des § 868. Als Nießbraucher besitze auch, wer glaube, Nießbraucher zu sein. Bestelle ein Nichteigentümer einen Nießbrauch, so werde dieser, nicht der Eigentümer, mittelbarer Besitzer. Ebenso bleibe der Verpfänder nach Zahlung der Schuld, für welche das Pfand bestellt sei, trotz Erlöschens des Pfandrechts mittelbarer Besitzer des Pfandrechts. Ähnliche Ausführungen finden sich bei Planck. Als Nießbraucher — so heißt es da — besitze auch, wer in Ausübung eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Nießbrauchs besitze. Dafür spräche §§ 955, 988, welche er dem Eigenbesitzer denjenigen gleichstelle, der in Ausübung eines Rechts an der Sache besitzt. Bestelle der Eigentümer den Nießbrauch, so sei jener mittelbarer Besitzer, denn nur zu ihm bestehe das in § 868 geforderte Rechtsverhältnis. Bei Bestellung durch einen Nichteigentümer entstehe auch ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer, das aber zur Begründung des mittelbaren Besitzes nicht genüge. Die Mehrheit der zweiten Kommission habe das zurückgewiesen. Sodann führt er die Vorschriften über die Ersitzung an. Daraus folge, daß dem Besteller des Rechts, nicht dem Eigentümer als solchen, Besitz vermittelt werde. Es sei genügend, daß der unmittelbare Besitzer in einem Verhältnis besitze, welches, seine Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, geeignet sei, den Besitzer auf Zeit zum Besitz zu berechtigen oder zu verpflichten. Die Gegenansicht trage bei der Frage nach dem Besitztatbestand Gesichtspunkte aus dem Recht in den Besitz hinein. In der Anerkennung einer Verpflichtung zur Herausgabe liege das Wesen des mittelbaren Besitzes. Gierke formuliert seine Ansicht folgendermaßen: Es genüge, wenn das Besitzverhältnis tatsächlich so gestaltet sei, als ob ein Rechtsverhältnis der geforderten Art bestünde. Die gleichen Gründe wie Planck und Biermann führt Staudinger an. Dieser will aber anscheinend bei Willensmängeln eine Ausnahme machen. Przibilla führt an eigenen Gründen noch an, in § 868 sei das Wort „Besitz“ das Hauptwort und „mittelbar“ nur adjektivisch gemeint. Es seien rein subjektive Erfordernisse aufzustellen. Auch bei Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des Verhältnisses bestehe mittelbarer Besitz. Es genüge, daß der Mieter den Vermieter als solchen anerkenne. Diese Anerkennung gelte auch für die Zukunft als fortbestehend, solange dies nicht aus den Handlungen

des Besitzmittlers das Gegenteil ergebe. Objektive Voraussetzungen seien auch nicht genügend. Nach R.G.R.K. zu § 868 II) genügt es, bei Ausbleiben des rechtlichen Erfolges zum mittelbaren Besitz, daß die Parteien ein Rechtsverhältnis der bezeichneten Art gewollt hätten. Crome hält ein Putativverhältnis deshalb für genügend und erforderlich, weil im Besitzrecht nur auf die tatsächliche Herrschaft als solche, nicht auf die rechtliche Begründung zu sehen sei. Sonst erübrige sich auch der ganze Besitzschutz. Die Situation müsse auf demnächstigen Übergang der Gewalt auf den mittelbaren Besitzer gehen. Endemann (§ 31 Anm. 5) ist der Ansicht, für die Stellung des Mittlers als Besitzer entscheide sein Wille, nicht als ihm gehörend zu besitzen. (Wie die Vorigen auch Goldmann-Lilienthal und Turnau-Förster). Kretzschmar endlich glaubt, auch ein ungültiges Rechtsgeschäft erzeuge ein Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art. Im übrigen bringt er nichts Neues vor.

2. Dagegen berufen sich die Vertreter der zweiten Ansicht zumeist auf die Entwicklung des Besitzinstituts im römischen Recht, auf die Worte in § 868, „in einem Verhältnis, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist“ und auf § 870. So meint Kreß, für das Erfordernis der Gültigkeit spreche der Sinn des § 868, wonach Berechtigung oder Verpflichtung notwendig sei. Diese könnten sich nur aus einem gültigen Rechtsverhältnis ergeben. Der Herausgabeanspruch, von dem in § 870 die Rede sei, müsse aus dem Rechtsverhältnis entspringen. Über die geschichtliche Entwicklung im römischen Recht führt er etwa folgendes aus: Da ein mehrfacher Besitz an einer und derselben Sache unzulässig gewesen sei, seien Mieter und Pächter von den Römern als Besitzdiener behandelt worden. Dies sei durch analoge Anwendung der Rechtssätze über die natürliche Besitzdienerschaft erreicht worden. So sei der animus pro alieno possidendi des natürlichen Besitzdieners auf den juristischen übertragen worden, eine Konstruktion, um die Besitzverhältnisse mit der Verkehrsanschauung der Römer formell in Einklang zu bringen. Die Römer hätten aber, den Unterschied zwischen natürlichem und juristischem Besitzdiener in der Willensrichtung erkennend, die Besitzverhältnisse von Vermieter und Mieter von der Gültigkeit der Verträge abhängig gemacht. Gerade dies Letztere hätten Savigny und ihm folgend die Verfasser des ersten Entwurfs nicht gesehen, sonst hätte der Verkehrsbesitz des Mieters und Pächters auch rechtlich anerkannt werden müssen. Das Vorbild für den Entwurf hätte der Besitz des Pfandgläubigers sein können; der juristische Besitz des Verpfänders sei von der Gültigkeit des Vertrags abhängig gewesen. Dadurch, daß E I dem Mieter und Pächter Besitzschutz gewährt, trotzdem aber den animus pro alieno possidendi beibehalten habe, sei ein unlösbarer Widerspruch entstanden, den die zweite Kom-

mission durch Schaffung des jetzigen § 868 beseitigt habe. Man habe sich schließlich dahin geeinigt, die Wendung „Besitz für einen andern“ zu vermeiden. Damit sei die Entstehung des mittelbaren Besitzes vom Rechtsverhältnis, das selbstverständlich gültig sein müsse, abhängig gemacht worden. Später sei beschlossen worden, daß die beim Nießbrauch vorhandenen obligatorischen Beziehungen in jedem Fall zwischen Nießbraucher und Eigentümer bestehen sollten. Der Bemerkung, daß die Anerkennung des Bestellers durch den Nießbraucher genüge, sei größere Bedeutung nicht beizumessen. Die herrschende Meinung übertrage den nach dem BGB. nur beim Besitzdiener denkbaren animus pro alieno possidendi auf den Mieter und Pächter. Diese Konstruktion sei im römischen Recht begründet gewesen und habe dort Sinn gehabt. Die herrschende Lehre sei nur aus der unklaren Besitzlehre des E I verständlich. Diesen Ausführungen folgt im Wesentlichen auch Grützmann (K. V. S. 41 S. 505). Nach römischem Recht solle der Besitzer eine unmittelbare Macht gegenüber dem Detentor haben, während das BGB. im Gegenteil einen Teil der Vorteile, die der Besitz dem unmittelbaren Besitzer verschaffe, auch dem mittelbaren Besitzer zuwenden wolle. Rosenberg führt aus, nichts berechtige zu der Annahme, daß die Worte „besitzt jemand als Nießbraucher . . .!“ subjektiv zu verstehen seien. Als Nießbraucher besitze nur, wer wirklich Nießbraucher sei. Der Herausgabeanspruch müsse aus dem Mittlungsverhältnis selbst erwachsen. Er weist auf die schon oben genannten Schlußworte des § 868 hin. Der Herausgabeanspruch bestimme die an dem Verhältnis beteiligten Personen. Daher sei bei Bestellung des Nießbrauchs durch einen Nichteigentümer der Besteller mittelbarer Besitzer. Besitzvermittelnd wirke die obligatorische Beziehung. Der Herausgabeanspruch stehe dem Besteller auf Grund des Vertrages zu. Ihm gegenüber sei der Nießbraucher berechtigt. Zum Eigentümer bestehe nicht die Besitzbeziehung des § 868 BGB., wenngleich auch er einen Herausgabeanspruch habe. Bei Nichtzustandekommen eines Nießbrauchs entstehe meist ein ähnliches Verhältnis, wenn der Besteller einen wirksamen Herausgabeanspruch habe. Die gleiche Rechtslage bestehe bei der Verpfändung. Aravantinus (a.a.O.) hebt hervor, die Kommissionsberatungen, auf die sich die herrschende Lehre immer berufe, bezögen sich lediglich auf die Übereignung gemäß § 930. Hier genüge die Vereinbarung des Verhältnisses; ob es rechtlichen Bestand habe, sei gleichgültig. Die betr. Protokollstellen besagten jedoch gar nichts über die wirkliche Begründung des mittelbaren Besitzes. Es komme nicht auf das Besitzrecht, sondern nur auf den Besitz des mittelbaren Besitzers an. Beruhe der mittelbare Besitz lediglich auf Anerkennung durch den unmittelbaren Besitzer, so habe dieser es in der Hand, den mittelbaren Besitz einseitig zu beendigen und dem mittel-

baren Besitzer den Besitzschutz zu nehmen. Wenn der ersitzende Nichteigentümer seinen mittelbaren Besitz feststellen wolle, so könne er eine Feststellungsklage doch nur auf das Rechtsverhältnis stützen. Das Erfordernis der Anerkennung sei ein unzulässiges Mehrerfordernis. Nach der Gegenansicht könne auch der mittelbare Besitzer seinen Oberbesitz einseitig aufgeben und sich dadurch Nachteilen aus seinem Besitz entziehen. Ähnlich wie die Vorigen äußert sich auch I s a y (a.a.O. S. 275). Er meint, nach der herrschenden Lehre müsse man entweder bei der Beurteilung der Frage, ob mittelbarer Besitz vorliege, nach inneren Willensvorgängen forschen, oder es werde aus dem Rechtsverhältnis auf den Willen geschlossen, was auf eine Fiktion hinauslaufe und einen Umweg bedeute. Endlich meint B r e i t (a.a.O. S. 253), die herrschende Meinung sei — theoretisch wenigstens — nicht zu begründen. Der mittelbare Besitz beruhe auf der Existenz eines rechtlichen Bandes, sonst müsse es genügen, mittelbaren Besitz schlechthin zu vereinbaren.

3. Vertreter der Mittelansicht sind W o l f f (Lehrb. § 8), L a s t (a.a.O. S. 131 f.), R o h d e (a.a.O. Abschn. 21 S. 13 f und 23 f.). W o l f f führt dazu aus, die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses sei nicht erforderlich; es werde nur verlangt, daß der Mittler als Mieter usw. besitze. Sei das Verhältnis ungültig, so entstehe ein Herausgabeanspruch aus unerlaubter Handlung, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung. Bestehe kein Anspruch, so sei auch kein mittelbarer Besitz vorhanden. Beispiel: Der Gläubiger läßt sich durch nichtiges Besitzkonstitut eine Sache verpfänden und leiht sie dem Verpfänder zurück. Hier sei die Leihe nach § 139 BGB. nichtig, und es bestehe kein Herausgabeanspruch. L a s t verweist zunächst gegenüber der herrschenden Meinung auf § 870 BGB. Gegen die zweite Ansicht, die absolute Gültigkeit des Rechtsverhältnisses erfordert, spreche das Bedenken, daß der mittelbare Besitzer bei Ungültigkeit des Vertrages jeden Besitz verlieren würde, und damit gegen Besitzstörungen vollkommen schutzlos sei, daß ihm nicht die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. zur Seite stehe und die Ersitzung unterbrochen werde. Daher müsse zwischen beiden Ansichten vermittelt werden. Gültigkeit des Rechtsverhältnisses sei nicht erforderlich. Bei Ungültigkeit müsse jedoch ein Ersatzanspruch, insbesondere ein Bereicherungsanspruch, bestehen. Nicht jeder Herausgabeanspruch genüge den Erfordernissen des § 868, sondern es sei notwendig, daß die Willenslage der Parteien dieselbe sei wie bei den gültigen Verhältnissen des § 868. Diese Ansicht stimme im Wesentlichen auch mit dem römischen Recht überein, auch hiernach habe der Besitzer den Besitz verloren, wenn ihm bei Ungültigkeit der causa detentionis kein Herausgabeanspruch erwachsen sei. Als Beispiel für ein derartiges ungültiges Verhältnis führt L a s t u. a. den Fall des sg. Dissenses §§ 154/55

BGB. und den der Irrtumsanfechtung an. Bei Nichtigkeit oder Anfechtung des Vertrages komme es darauf an, ob der Empfänger aus ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet sei oder nicht. Ersterenfalls werde er Besitzmittler, letzterenfalls nicht. Rohde (a.a.O. S. 23 f.) führt aus, während ein Rechtsverhältnis bestehen müsse, wonach der mittelbare Besitzr vom unmittelbaren demnächst die Sache herausverlangen könne, brauche der Rechtsakt, auf Grund dessen der Besitz an den Mittler gekommen sei, nicht gültig zu sein, sofern nur ein Rechtsverhältnis der betr. Art durch Einräumung des Besitzes durch den mittelbaren Besitzer oder durch Ergreifen von Seiten des Mittlers zu Stande komme. Es genüge, daß ein ähnliches Verhältnis wie das beabsichtigte entstehe. Die Worte „als Nießbraucher" usw. besagten nur, daß der Besitz unter dem Titel eines derartigen Rechtsverhältnisses eingeräumt sein müsse. Als Herausgabeanspruch genüge ein Bereicherungsanspruch. Daß dieser sofort zu verwirklichen sei, ändere nichts daran, daß das Verhältnis unter § 868 falle. Bestehe, abgesehen von der Eigentumsklage kein Herausgabeanspruch, so auch kein mittelbarer Besitz. Bei gültiger Bestellung des Nießbrauchs gemäß § 1032 BGB. sei nur der Eigentümer mittelbarer Besitzer, denn nur ihm stehe der Herausgabeanspruch gemäß § 1055 BGB. zu; bei nicht gültiger Bestellung sei es der Besteller. Der Gedanke, der Unterbesitzer müsse den Oberbesitzer anerkennen, sei ungesund und nicht in § 868 enthalten, welcher vielmehr den zum Besitz Berechtigten als Mittler bezeichne. Man könne in das Gesetz nicht den Willen hineinlegen, jedem Nichteigentümer die Ersitzung zu erleichtern, da hiermit nur der Schutz desjenigen bezweckt werde, der auf Grund mangelhaften Rechtsakts erworben habe.

4. Eine vierte Ansicht stellt endlich Mengelkoch (Iherings Jahrb. 76 S. 59 ff.) auf. Er versucht in breiten Ausführungen nachzuweisen, daß die Entstehung mittelbaren Besitzes von der Willensübereinstimmung der Parteien abhänge. Er will kurz gesagt darlegen: Es entsteht kein mittelbarer Besitz, nicht weil, sondern wenn das Rechtsverhältnis nicht zustandekommt. Er widerlegt zunächst die Gründe der herrschenden Lehre. Es sei bedenklich, Stellen der Vorarbeiten des § 930 zur Auslegung des § 868 BGB. zu benutzen. Zur Übereignung gemäß § 930 genüge eine gutgläubige Vereinbarung eines mittelbaren Besitzverhältnisses, da hier lediglich die Ernstlichkeit des Parteiwillens dargetan werden solle. Dazu genüge auch einseitiges Anerkenntnis des Mittlers. In den Beratungen zu §§ 868 und 870 sei nur von dem Verhältnis die Rede gewesen, auf Grund dessen der Besitz überlassen werde. Auch nach der Denkschrift genieße der Oberbesitzer gegen Übergriffe des Unterbesitzers den Schutz aus dem Rechtsverhältnis. Den Hauptausgangspunkt der herrschenden Lehre, nämlich daß der Besteller

eines Nießbrauchs als solcher mittelbarer Besitzer sei, bringt er durch die Bemerkung zu Fall, daß die obligatorischen Beziehungen zwischen Nießbraucher und Besteller ja doch gültig seien. Nur auf diesen Akt bezögen sich die betr. Beratungen der Kommission. Praktisch werde auch die dingliche Einigung stattfinden, so daß auch ein gültiger Nießbrauch entstehe. § 955 Abs. 2 regele nur einen Ausnahmefall, nämlich den Eigentumserwerb an den Früchten. Weitere Schlüsse könnten aus dieser Vorschrift nicht gezogen werden. Der Pächter werde nach § 956, der gutgläubige Pachtbesitzer nach § 957 BGB. berücksichtigt. Es würden hier nur die Grundsätze über den Erwerb vom Nichtberechtigten ausgebaut. Die Ersitzung werde nicht sofort unterbrochen, sondern gemäß § 940 BGB. endgültig erst ein Jahr nach Besitzverlust. Ohne Willen verliere der Übertragende den Besitz, wenn mit dem Grundgeschäft auch der Besitzübertragungsakt nichtig sei. Außerdem könne der Eigentümer den Nießbraucher jederzeit zur Anerkennung seines mittelbaren Besitzes zwingen. Dadurch, nicht durch Besitzverlust, gehe die Ersitzungsmöglichkeit verloren. Über den Herausgabeanspruch bemerkt er folgendes: Ein anderer Anspruch als der aus dem Rechtsverhältnis könne nicht gemeint sein. Der Eigentumsanspruch könne nicht ohne das Eigentum abgetreten werden. Es sei ein Widerspruch, den Bereicherungsanspruch, der gerade auf Nichtbestehen des Verhältnisses gegründet sei, zur Übertragung des mittelbaren Besitzes zu benutzen. Nach § 870 solle der bestehende mittelbare Besitz übertragen werden.

Der innere Grund der herrschenden Meinung sei der, daß rechtliche Fragen nicht in den Besitz hineingetragen werden dürften; aber das Gesetz knüpfe ja selber den Tatbestand an ein Rechtsverhältnis an. Eine wirkliche Sachherrschaft könne nur der unmittelbare Besitzer haben. Auch in andern Fällen fordere ja das Gesetz ein Rechtsverhältnis, z. B. §§ 854,2, 856/57 BGB., welches die tatsächliche Beziehung begründen solle. Auch sonst fänden sich im Gesetz Tatbestände, die aus Rechtsverhältnissen und Tatsachen zusammen hervorgingen, wie z. B. §§ 823 ff. BGB. und die strafrechtlichen Tatbestände.

Während der Eigenbesitz in jeder Beziehung seinem Bestande nach unabhängig vom Recht sei, könne der Fremdbesitz auch auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Der Fremdbesitz könne entweder ein auf Gesetz beruhender, übertragener, abgeleiteter oder ein originärer sein. Guter Glaube sei für die Art des Besitzes belanglos.

Es werden dann folgende Tatbestände beim Fremdbesitz unterschieden: 1. Der Fremdbesitz beruht auf wirklichem Recht und ist entweder vom Vorbesitzer übertragen oder mit dessen Zustimmung ergriffen worden. 2. Der Fremdbesitz beruht auf nur vermeintlichem Recht, wie beide Parteien oder nur der Übertrager glauben. Hier

bestehe keine Deckung zwischen Recht und Besitz. 3. Nur der Erwerber glaubt an das vermeintliche Recht. Hier könne die Zustimmung des Erwerbers sich auf Eigenbesitz oder Fremdbesitz richten. Stimmten die Willen der Beteiligten nicht überein, so sei der des Erwerbers maßgebend, ob Eigen- oder Fremdbesitz vorliege. Es komme bei der Frage, ob der Besitz ein übertragener ist, auf den gleichartigen Willen beider Parteien an. Mengelkoch unterscheidet dann folgende vier Arten des Besitzes: 1. Fremdbesitz mit Zustimmung des Übertragers, der bei gleichlaufendem Willen des Erwerbers abgeleiteter Besitz sei. 2. Fremdbesitz ohne Zustimmung des Übertragers. Hier erlange der Erwerber ursprünglichen Fremdbesitz. 3. Eigenbesitz. Nicht abgeleiteten Fremdbesitz in dem Falle, daß beide Parteien Fremdbesitz wollen, aber nicht die gleiche Art des Fremdbesitzes. Hier behaupte nun die herrschende Lehre nicht nur für die Frage, ob Fremdbesitz vorliege, sondern auch dafür, ob dieser abgeleitet sei, komme es auf die Anerkennung des Mittlers an. Für den Besitzschutz komme es auf die Willenslage nicht an. Allein, so behauptet Mengelkoch, so, wie der Erwerber gegen den Übertrager, so müsse auch umgekehrt der Übertrager gegen den Erwerber geschützt werden. Bei Willensungleichheit der Parteien über das Rechtsverhältnis verliere der Übertrager seinen Besitz. Solle mittelbarer Besitz entstehen, so müsse sich der Übertrager diesen vorbehalten. Der Oberbesitzer genieße gegenüber dem Unterbesitzer nur Vertrags-, keinen Besitzschutz. Aus dieser Versagung des Besitzschutzes ergebe sich, daß der bestehende mittelbare Besitz nicht durch Willensänderung des Mittlers ende.

Es folgt dann weiter die Untersuchung, ob die vorher entwickelten Sätze über die Willensungleichheit auch gelten, wenn die Willen auf die gleiche Besitzart gerichtet sind, aber wegen ihrer Abweichung das Rechtsverhältnis scheitert, ob hierdurch nur der rechtsgeschäftliche oder auch der Besitzwille beeinflußt wird. Jeder Besitzfall erhalte seinen Inhalt erst durch die Herrschaft einer bestimmten Person über eine bestimmte Sache zu einem bestimmten Zweck, und es frage sich, ob das Recht nur den Besitztypus oder auch, wie beim Rechtsverhältnis, Einzelumstände beachte. Der Besitzwille, so wird ausgeführt, beeinflusse nicht den Besitz selbst, sondern nur die Besitzart. Es sei also über die Punkte des Besitzinhalts, die für das Rechtsverhältnis erheblich seien, eine Einigung der Parteien notwendig. Es seien für den Fremdbesitz nur bestimmte Typen, keine einzelnen Tatbestände anerkannt, so daß der mittelbare Besitz von der Einzelgestaltung dieser Tatbestände abhängig sei. Man müsse also sagen, entweder seien einzelne aus dem Willen der Beteiligten sich ergebende Besitztatsachen für die Entstehung des mittelbaren Besitzes mit entscheidend, oder man müsse schon mittelbaren Besitz annehmen, wenn irgendein Besitztypus vom Erwerber

ausgeübt werde. Dagegen spreche aber, daß mittelbarer Besitz nur bei gleichem Willen der Beteiligten über die Unterart des Fremdbesitzes entstehe. Weil beim Besitztatbestand und dem Rechtsverhältnis die gleichen Punkte wesentlich seien, soweit zugleich der Inhalt des Rechts und der Sachherrschaft durch sie bestimmt werde, müsse der Wille auch auf den Besitztatbestand Einfluß haben. Man könne den mittelbaren Besitz gegen seinen Willen niemand aufdrängen, der wegen abweichenden Willens des Erwerbers den Zweck der Besitzübertragung nicht erreichen könne. Bei Verschiedenheit der Vorstellungen entstehe eine Ungleichheit der Willen über die Sach- und die rechtliche Herrschaft. Eine Vorstellung von der Art des Besitzes müsse bei beiden Parteien vorhanden sein, wenn die Lage in Wirklichkeit auch eine andere sei. Nach der herrschenden Meinung schaffe die überwiegende Vorstellung des Erwerbers mittelbaren Besitz, in Wahrheit entstehe aber nur der Besitz, wie ihn der Erwerber sich vorgestellt habe. Sei der Einigungsmangel beiden bewußt, so entstehe weder ein Vertrag, noch mittelbarer Besitz; sei er nur dem Übertrager bewußt, so müsse dieser das gegen sich gelten lassen und werde mittelbarer Besitzer; bei Kenntnis nur des Erwerbers entstehe nur ursprünglicher Besitz, bei Gutgläubigkeit beider entstehe mittelbarer Besitz. Eine andere Entscheidung bedeute eine ungerechtfertigte Schädigung des Übertragers, der keinen Vertragsschutz gewinne und den Besitzschutz verliere. Ein Willensunfähiger könne daher dem Besitz keine rechtsverhältnismäßige Gestaltung geben und keinen Besitz übertragen. Mangelnde Form schade meist nicht, ebensowenig ein Scheingeschäft, da der Besitztatbestand gewollt sei. Ein Verstoß gegen § 138 trete in der Sachherrschaft nicht hervor; bei Verletzung eines gesetzlichen Verbotes komme es auf dessen Inhalt an. So sei der mittelbare Besitz unabhängig von der Gültigkeit des Grundverhältnisses, aber abhängig vom Willen.

5. Zu den soeben dargestellten Theorien würde ich folgendermaßen Stellung nehmen:

a. Was die herrschende Lehre von der Anerkennung anbetrifft, so ist sie zunächst, wie Kreß mit Recht ausführt, unhistorisch. Daß die Römer bei gültigen Miet- und Pachtverträgen den Besitzdienerwillen unterstellten, lag in der römischen Verkehrsanschauung begründet, die einen abgestuften Besitz grundsätzlich ablehnte. Da nun das römische Recht seiner individualistischen Einstellung zufolge starken Eigentumsbeschränkungen im Grunde abgeneigt war, und da wegen der damaligen sozialen Verhältnisse Miete und Pacht nur eine geringe Rolle spielten, beließ man dem Vermieter oder Verpächter, der zumeist Eigentümer war, bez. des Besitzes den Vorrang. Schon die Entwicklung des mittelalterlich deutschen Rechts zeigt, wie in der Einleitung ausgeführt wurde, eine Abkehr von dem

römischen Standpunkt. Dieser deutschrechtlichen Auffassung näherten sich dann wieder die Kodifikationen der deutschen Staaten im achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert. Gerade die Regelung des E I, der sich nach dem Vorgang Savignys dem römischen Standpunkt wieder voll angeschlossen hatte, sollte durch § 868 BGB. beseitigt werden. So trägt also die herrschende Ansicht eine alte Lehre, die doch gerade nach der geschichtlichen Entwicklung des mittelbaren Besitzes als abgetan gelten sollte, wieder in § 868 hinein. Der Hauptausgangspunkt der herrschenden Lehre, die Besitzlage beim Nießbrauch, ist falsch gewählt. Nicht der Nießbrauch als solcher schafft die Besitzbeziehungen des § 868, sondern es liegen obligatorische Beziehungen zwischen Nießbraucher und Besteller zu Grunde. Diese sind aber, auch wenn der Nießbrauch selber nicht zustandekommt, gültig, denn der Besteller ist dem Nießbraucher gegenüber nach schuldrechtlichen Grundsätzen zur Einräumung des Nießbrauchs verpflichtet. Kommt der Nießbrauch nicht gültig zustande, so bestehen schuldrechtliche Beziehungen zwischen Nießbraucher und Eigentümer gar nicht. Erwirbt der Nießbraucher jedoch den Nießbrauch, gemäß § 1032 BGB., so ist der Eigentümer wahrer mittelbarer Besitzer, denn er hat den Herausgabeanspruch gemäß § 1055 BGB. und könnte den Nießbraucher jederzeit zur Anerkennung seines Eigentums und mittelbaren Besitzes zwingen. Dem Besteller gegenüber ist der gutgläubige Nießbraucher nicht verpflichtet; er wird nur durch Erfüllung seiner Verpflichtung an diesen dem Eigentümer gegenüber befreit. § 955 BGB., will denjenigen, der gutgläubig einen Nießbrauch ausübt, bez. des Fruchterwerbs dem wirklichen Nießbraucher gleichstellen. Daraus kann man aber mit dem besten Willen keine Schlüsse über die Frage ziehen, ob zur Entstehung mittelbaren Besitzes ein gültiges Rechtsverhältnis nötig ist oder nicht. Endlich ist die herrschende Lehre aus dem Grunde unhaltbar, weil sie den Oberbesitzer in völlige Abhängigkeit vom Belieben des Mittlers bringt. Dieser könnte durch Willensänderung den mittelbaren Besitzer der Besitzschutzmittel des § 869 BGB. berauben und ihm die Vermutung des § 1006,3 nehmen.

b. Aber auch umgekehrt scheint es mir bedenklich, den Willen des Oberbesitzers, der darauf gerichtet sein soll, den mittelbaren Besitz zu haben, zu stark zu betonen, wie Mengelkoch das tut. Denn hier bestände die Gefahr, daß der mittelbare Besitzer einem Dritten, der die Eigentumsklage gegen ihn erheben will, die Klagemöglichkeit nimmt, indem er sich durch Willensänderung der Passivlegitimation entkleidet. Auch wird ein Laie voraussichtlich vom mittelbaren Besitz zu wenig Ahnung haben, um einen solchen Vorbehalt machen zu können. Von dem Erfordernis einer Willensübereinstimmung der Parteien kann also wenigstens in diesem wörtlichen Sinn auch keine Rede sein.

c. Rein theoretisch läßt sich wohl die Ansicht zu 2 am besten begründen. Die Vertreter dieser Ansicht haben logisch durchaus Recht, wenn sie sagen, der Herausgabeanspruch könne nur aus dem gültigen Rechtsverhältnis erwachsen; denn nur bei dessen Gültigkeit ist der Mittler zum Besitz berechtigt oder verpflichtet. Ein Bereicherungsanspruch würde sich gerade gegen den Bestand des Verhältnisses richten. Allein die Theorie ist nicht Selbstzweck, sondern nur Mittel zur praktischen Rechtsanwendung. Praktische Bedenken gegen die letztere Ansicht bestehen nun darin, daß der Übertrager des Besitzes bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses nach ihr jeden Besitzschutz verlieren würde. Es würden genau dieselben Folgen eintreten, als wenn, wie dies nach der herrschenden Meinung möglich ist, der Mittler dem Oberbesitzer durch einseitigen Willensakt den mittelbaren Besitz entzöge. Daher ist es m. E. auch verkehrt, eine Ausnahme von der herrschenden Lehre im Falle der Geschäftsunfähigkeit einer Partei zu machen, wie es das Reichsgericht in RG. 98, 133 tut. Danach müßte der Geschäftsunfähige, der eine Sache vermietet, den mittelbaren Besitz verlieren, was doch gerade dem Zweck der Vorschriften der §§ 104 ff. BGB., den Minderjährigen zu schützen, widerspricht.

d. Daher scheint mir der richtige Standpunkt der folgende zu sein: Zu fordern ist ein Herausgabeanspruch, der sich bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses insbesondere auf ungerechtfertigte Bereicherung gründet oder auch auf Geschäftsführung ohne Auftrag. Dieser muß als einziges rechtliches Band, das die Sache mit der Person des mittelbaren Besitzers verknüpft, bestehen. Im übrigen genügt der tatsächliche Bestand des mittelbaren Besitz begründenden Verhältnisses. Es genügt, daß sich die Parteien tatsächlich über das Verhältnis geeinigt haben. Es würde also mittelbarer Besitz nur dann nicht zur Entstehung kommen, wenn sich feststellen läßt, daß die beiderseitigen Parteierklärungen über das Verhältnis nicht übereinstimmen. Der innere Wille darf hier nicht berücksichtigt werden, da man sonst auf die soeben abgelehnten bedenklichen Lehren wieder verfallen würde. Man wird also bei Rechtsverhältnissen, die wegen Geschäftsunfähigkeit, Unsittlichkeit oder Verbotswidrigkeit nichtig sind, jedenfalls mittelbaren Besitz annehmen können, ebenso bei anfechtbaren, jedoch nicht angefochtenen Rechtsgeschäften. Auch wird, wenn eine Geschäftsbeschränkte ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters eine Ehe eingeht, die Ehefrau mittelbare Besitzerin der vom Manne als eingebrachtes Gut in Besitz genommenen Stücke ihres Vermögens, obgleich der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung von Rechts wegen nicht eingetreten ist. Demgegenüber entsteht kein mittelbarer Besitz etwa im Falle des § 154 BGB., wenn sich die Parteien tatsächlich nicht einig geworden sind. Nur auf diese Weise können die gegen die vorerwähnten Ansichten bestehenden Bedenken beseitigt werden.

B. § 3. Die Ansichten über die den Beispielen des § 868 gemeinsamen Merkmale.

Wir wir sahen, gehört zum mittelbaren Besitz immer ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Mittler. Genügt nun jeder Herausgabeanspruch?

I. Das meint in der Tat Wendt (a.a.O.). Er spricht es nicht wörtlich aus, es läßt sich aber aus seinen Ausführungen entnehmen. Er sagt Seite 60, der Besitzer müsse zu einem andern in einem Rechtsverhältnis stehen, kraft dessen der andere auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet sei. Er hält den Verkäufer, der die verkaufte Sache für den Käufer aufbewahrt, wenigstens nach römischem Recht für den Besitzmittler des Käufers. Es sollen jedoch nur obligatorische Ansprüche zur Begründung mittelbaren Besitzes geeignet sein, weil sonst der Eigentümer bei jedem Fremdbesitz mittelbarer Besitzer sein würde. Daß diese Ansicht unhaltbar ist, läßt sich leicht ersehen. Es folgt schon aus dem Wortlaut des § 868. Entspräche die Ansicht Wendts dem Sinne des Gesetzes, so würde es in § 868 gar keine Beispiele anführen oder doch wenigstens von einem „sonstigen Verhältnis" anstatt von einem „ähnlichen" sprechen. Es würde auch unverständlich scheinen, wenn das Gesetz, nachdem es in § 854 Abs. 1 BGB. den Besitz auf eine rein tatsächliche Grundlage gestellt hat, nunmehr jedes irgendwie geartete Verhältnis des unmittelbaren Besitzers zu dem „andern" als genügend ansehen wollte.

II. Es ist also notwendig, die in § 868 als Beispiele angeführten Rechtsverhältnisse näher zu untersuchen.

1. Die meisten älteren Ansichten gehen dahin, daß dem unmittelbaren Besitzer vom mittelbaren der Besitz anvertraut sein, oder daß jener ihn von diesem erhalten haben müsse. So meint Strohal (a.a.O. S. 19), überall, wo mittelbarer Besitz bestehe, habe der unmittelbare Besitzer den Besitz als einen ihm vom mittelbaren anvertrauten zu behandeln. Indem der Besitz dem Mittler anvertraut sei, leite er sein Recht vom Oberbesitzer ab. Alle in § 868 nicht aufgeführten Besitzmittlungsverhältnisse ließen sich auf eine Überlassung des Besitzes zurückführen. Es werde das Recht zum Besitz vom Oberbesitzer abgeleitet. Auch Kreß (S. 192) glaubt, der Mittler müsse den Besitz immer vom Oberbesitzer erhalten haben; es liege kein Grund vor, jemandem, der einen Anspruch auf Herausgabe einer Sache habe, aber nie deren Verkehrsbesitzer gewesen sei, Ersitzung und Fruchterwerb zu ermöglichen. Die Vermutung des § 1006,3 BGB. komme dem mittelbaren Besitzer zugute, weil er früher Verkehrsbesitz gehabt habe und nach dessen Aufgabe das Eigentum behalte. Ähnlich Matthiaß (a.a.O.).

Bei allen in § 868 aufgeführten Verhältnissen erlangt ja nun der Unterbesitzer den Besitz regelmäßig vom Oberbesitzer, und er wird ihm auch von diesem anvertraut. Das beweist aber durchaus

nicht, daß die Überlassung und Anvertrauung gerade das allen Besitzmittlungsverhältnissen charakteristische Merkmal ist. Das zeigt einerseits das Beispiel des Konkursverwalters, andererseits der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch den beauftragten für den Auftraggeber, wenn er für diesen eine Sache einkauft. Strohal führt denn auch seine Ansicht nicht konsequent durch, da er Verhältnisse der eben genannten Art als ähnliche Verhältnisse anerkennt. Hingegen geht Endemann (§ 32,4), der im Prinzip mit Strohal übereinstimmt, soweit, zu behaupten, mittelbarer Besitz könne durch originären Erwerb niemals entstehen.

2. Die jetzt herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, es müsse der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ableiten. Man beruft sich darauf, daß das Gesetz an einigen Stellen, wie z. B. § 991 BGB. den mittelbaren Besitzer als den bezeichnet, von dem der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz ableitet. Der Besitz des Oberbesitzers brauche jedoch nicht früher als der des Unterbesitzers entstanden zu sein, es sei vielmehr eine Entstehung in umgekehrter Reihenfolge möglich. Nur Besitzrechtsableitung, nicht Besitzableitung sei nötig. Der Besitz des Mittlers müsse Ausdruck eines dem Oberbesitzer gegenüber beschränkten Rechts sein (vgl. zu Obigem Wolff § 8). Der gleichen Ansicht ist Biermann (§ 868, 2,b). Er sieht weiter ein Merkmal des mittelbaren Besitzes darin, daß er zum unmittelbaren Besitz tendiere. Auch Staudinger (zu § 868 I,2) meint im Grunde dasselbe, wenn er sich auch etwas anders ausdrückt. Er sagt, der Besitz müsse vom mittelbaren Besitzer, mindestens mit dessen Willen, an den unmittelbaren Besitzer gekommen sein; doch dürfe dies nicht so verstanden werden, als ob der mittelbare Besitzer die Sache zunächst in Besitz gehabt haben müsse; denn das führe zu einer erheblichen Einschränkung der Fälle mittelbaren Besitzes. Das Grundverhältnis müsse vielmehr als ganzes gedacht und allgemein sich vom mittelbaren Besitzer ableiten. Der Besitz bilde immer ein Vermögensstück des mittelbaren Besitzers, und der unmittelbare Besitzer erwerbe immer auf Kosten des mittelbaren Besitzers. Crome (§ 345) spricht von einem Verhältnis, infolgedessen die Macht des Mittlers abgeleitet von der des Oberbesitzers erscheine. Kretzschmar (§ 868 II,c) hält eine Ableitung des unmittelbaren Besitzes von einem andern und die Ausübung des Fremdbesitzes zufolge des konkreten Rechtsverhältnisses für erforderlich. Auch Goldmann-Lilienthal (§ 1 Anm. 12) ist Vertreter dieser Lehre. Es sei hier derselbe Gedanke wie im allgemeinen Landrecht gegeben, nämlich Fortsetzung des vollständigen Besitzes durch Einräumung des unvollständigen. (So auch Gierke, deutsches Privatrecht § 114).

Wie weit diese Ansicht zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Ober- und Unterbesitzer brauchbar ist, wird die spätere

Betrachtung an Hand der einzelnen Fälle zeigen. Jedenfalls ist die Theorie ergänzungsbedürftig; denn von einer Besitzrechtsableitung könnte man schließlich bei jeder Besitzübertragung, also auch bei der des Eigentumsbesitzes, sprechen. Über das, was an den in § 868 aufgeführten Verhältnissen charakteristisch ist, wird wenigstens nicht viel damit gesagt.

3. Endlich werden noch die folgenden Ansichten vertreten:

a. Planck (zu § 868,2, b, bb) meint, im Gesetz stehe nichts von Ableitung aus dem Besitzrecht. Der Wortlaut des § 868 sei selber ein gutes Kriterium für das Vorliegen mittelbaren Besitzes. Zunächst würden Besitzrechte an fremder Sache erwähnt und sodann Schuldverhältnisse. Dadurch eröffne das Gesetz dem mittelbaren Besitz ein großes Feld im Verkehrsleben. Es seien alles Rechtsverhältnisse, denen zufolge der Eigentümer oder sonstwie Berechtigte ohne Rechtsaufgabe und unter Verbleib der Sache in seinem Vermögen diese entweder zur Nutzung oder zu pflichtmäßiger Behandlung überlasse.

b. Rohde (a.a.O. S. 17) sieht als den Beispielen des § 868 gemeinsam an einen Rechtsakt, durch den der bisherige Besitzer unter Beibehaltung seines Rechts dem Mittler den Besitz vorübergehend überläßt. Und zwar zu einem die Funktion, mit welcher der Besitz spezifisch der Entstehung dinglicher Rechte diene, nicht berührenden Zweck. Der Mittler müsse verpflichtet werden, sich den Besitz nur im Umfang dieses Zweckes nutzbar zu machen und nach seiner Erfüllung die Sache herauszugeben. Unwesentlich sei, daß der Besitz vom mittelbaren Besitzer an den Mittler komme. Der Oberbesitzer müsse auf den dem Unterbesitzer vorübergehend überlassenen Besitz ein Recht haben, und der Unterbesitzer dürfe ihn nur zur Erreichung der ausgemachten Zwecke benutzen. Der Besitz des Mittlers sei kein zufälliger, sondern entstehe durch einen Rechtsakt, der die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien festlege. Daher gehöre der Besitz zum Teil noch dem mittelbaren Besitzer. Der Rechtsakt brauche nicht direkt auf die Überlassung des Besitzes gerichtet zu sein.

c. Leonhard (a.a.O. S. 60) sieht das Kriterium des mittelbaren Besitzes darin, daß der unmittelbare Besitzer immer auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers erwirbt; daß dieser also immer ein Vermögensopfer bringt. Dieses bestehe meistens in der Überlassung des Besitzes an den Mittler; es könne aber auch durch den Verlust einer Forderung oder durch Erlangung einer Schuld entstehen. Ein solches Vermögensopfer bedeutet aber auch der vollständige Besitzverlust; andererseits trifft, wie mir scheinen will, das Erfordernis auch nicht immer zu; z. B. ich beauftrage jemand, eine mir von einem Dritten geschenkte Sache in Empfang zu nehmen; wie sich jedoch später herausstellt, ist das Übereignungsgeschäft ungültig (vgl. Rohde a.a.O. 7); oder der Ehemann ersetzt

nicht mehr vorhandene Gegenstände des eingebrachten Gutes seiner Frau mit Mitteln desselben (vgl. § 6) (vgl. Rosenberg II,2 zu § 868).

d. Rosenberg hält ebenfalls nicht für nötig, daß die Sache vom mittelbaren Besitzer an den Mittler kommt. Sie müsse, so führt er aus, entweder auf Grund des Verhältnisses vom Mittler erworben, oder, wenn dies nicht der Fall sei, von ihm in dieses Verhältnis hineingestellt sein; denn § 868 verlange, daß der Mittler in einem Besitz vermittelndem Verhältnis besitze. Auch § 76 ZPO spreche von der Besitzberechtigung auf Grund eines Verhältnisses der in § 868 bezeichneten Art.

e. Endlich stellt auch das Reichsgericht (RG. 49, 173) eine Definition des mittelbaren Besitzes auf. Aus den in § 868 genannten Fällen ergebe sich, so heißt es dort, daß nicht ein abstraktes Verhältnis genüge, sondern es sei erforderlich, daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitz von dem andern ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet werde.

Soweit die wichtigsten Theorien über die Kriterien der Besitz vermittelnden Rechtsverhältnisse. Meine eigene Ansicht werde ich nunmehr an Hand einzelner wichtiger Rechtsverhältnisse entwickeln, und zwar werde ich zunächst diejenigen Fälle behandeln, in denen mittelbarer Besitz anzunehmen ist, sodann diejenigen, in denen er abgelehnt werden muß. Innerhalb der ersten Gruppe sollen zunächst die Verhältnisse besprochen werden, in denen der unmittelbare Besitzer den Besitz vom mittelbaren Besitzer erlangt, daraufhin der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, also der Erwerb von einem Dritten, und der Erwerb durch Geschäftsführung ohne Auftrag. Innerhalb der ersten Untergruppe werden zunächst die kraft Rechtsgeschäfts zwischen Ober- und Unterbesitzer und dann die infolge gesetzlichen Besitzergreifungsrechts des Unterbesitzers entstehenden Rechtsverhältnisse durchgegangen werden.

C. Entwicklung unseres Standpunkts an Hand einzelner Fälle.

§ 4. Fälle, in denen mittelbarer Besitz gegeben ist.

I. Ableitung vom mittelbaren Besitzer.

1. Ableitung durch Rechtsgeschäft.

a. Hier ist zunächst die Leihe zu nennen. Wegen ihrer auffallenden Ähnlichkeit mit der Miete kann sie als zur Besitzvermittlung geeignet anerkannt werden. Der Unterschied besteht im Wesentlichen nur in ihrer Unentgeltlichkeit im Gegensatz zur Miete. Der Verleiher wird nach § 598 zur Gebrauchsüberlassung, also zur Besitzeinräumung der Sache an den Entleiher verpflichtet. Manche

Vorschriften über die Leihe gleichen sich vollkommen mit den entsprechenden Sätzen des Mietrechts, z. B. das Recht des Entleihers, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen (§§ 601 Abs. 2 S. 2, 602 BGB.), Nichtvertretungspflicht des Entleihers von Veränderungen der Sache infolge vertragsmäßigen Gebrauchs. Endlich hat der Verleiher einen Herausgabeanspruch gemäß § 604 und ein Kündigungsrecht gemäß § 605 BGB. Die Sache bleibt während der Leihzeit sein Eigentum, soweit sie das bisher war, also in seinem Vermögen; der Entleiher ist auf Zeit zum Besitz berechtigt.

b. Beim Werkvertrag vermittelt der Unternehmer dem Besteller Besitz an den ihm von diesem zur Ausführung des Vertrages übergebenen Gegenständen. Nach § 631 BGB. ist der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes für den Besteller verpflichtet. Um dieser seiner Verpflichtung genügen zu können, wird er häufig zum Besitz der ihm übergebenen Sachen verpflichtet sein. Die Ähnlichkeit mit den in § 868 genannten Verhältnissen springt am besten ins Auge bei dem Vertrag, den der Reisende mit dem Dienstmann zwecks Beförderung seines Gepäcks schließt. Ich übergebe auf dem Bahnhof dem Dienstmann meine Koffer. Er ist verpflichtet, mit dem Gepäck in bestimmter Weise zu verfahren, jedoch nicht nur wie der Verwahrer zur Aufbewahrung, sondern darüber hinaus zu einer positiven Handlung, nämlich die Koffer in mein Haus zu bringen. Hat er diese Pflicht erfüllt, so habe ich gegen ihn einen Anspruch auf Herausgabe der Koffer. Der Verlauf dieses Verhältnisses gestaltet sich also genau so wie bei Verwahrung oder Miete. Hier wie dort besteht eine zeitweilige Besitzpflicht. Ebenso ist es, wenn sich der Besteller vom Unternehmer eine Sache ausbessern läßt. Ebenso muß es aber auch sein, wenn er sich eine ganz neue Sache, z. B. vom Schneider aus einem von ihm gelieferten Stoff einen Anzug anfertigen läßt. Erhält auch in diesem Falle der Besteller nicht den Stoff selbst zurück, so ist doch sein wirtschaftliches Verhältnis zu den dem Unternehmer übergebenen Sachen von den Fällen des § 868 nicht grundsätzlich verschieden. Der Unternehmer ist auf Grund des Werkvertrags zum unmittelbaren Besitz dem Besteller gegenüber verpflichtet. Vor allem ist der Besteller des Stoffes nicht voll verlustig gegangen, denn er hat es in der Hand, durch Ausübung des ihm nach § 649 zustehenden Kündigungsrechtes seine Beziehungen zum Unternehmer zu lösen und seine Sachen wieder an sich zu bringen.

Als Werkvertrag ist auch der Frachtvertrag des HGB. Besitz vermittelndes Rechtsverhältnis. Der Frachtführer vermittelt zunächst dem Absender Besitz. Der Frachtvertrag hat nun, wenn Absender und Empfänger verschiedene Personen sind, die Natur eines Vertrags zu Rechten eines Dritten. Gemäß § 433 Abs. 2

erlischt, wenn nach Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung dem Empfänger der Frachtbrief übergeben oder von ihm gemäß § 435 HGB. gegen den Frachtführer Klage erhoben wird, jede Verfügungsbefugnis des Absenders, und es fragt sich, ob der Empfänger in diesem Zeitpunkt mittelbaren Besitz erlangt und der Absender diesen verliert. So lehrt Cosack (HR. § 134 S. 386), nach Ankunft des Gutes am Ablieferungsort werde der Empfänger mittelbarer Vollbesitzer, und nach Aushändigung des Frachtbriefes an ihn erlösche der Mietbesitz des Absenders. Auch Bruns (S. 136) steht auf dem Standpunkt, daß der Empfänger Besitz und Eigentum bereits erwerbe, wenn er gemäß § 433 Abs. 2 ausschließlich über das Gut verfügen könne. Die herrschende Meinung dagegen verneint diesen Besitzerwerb.

Wolff (in Ehrenbergs HB. IV § 6 S. 28 ff.) begründet diese Ansicht damit, daß der Absender auch nach Verlust seines Verfügungsrechtes den Anspruch gegen den Frachtführer behalte. Düringer-Hachenburg (zu § 433 VI,3) meinen, der Empfänger erwerbe deshalb nicht Besitz und Eigentum, weil der Absender ihm nicht sein Recht auf Herausgabe des Frachtgutes abgetreten habe, sondern der Empfänger ein eigenes Recht erwerbe. Auch das RG. (RG. 27 S. 85) tritt dieser Ansicht bei. Der Frachtführer, so wird ausgeführt, sei zwar nach Ankunft des Gutes und Übergabe des Frachtbriefes an den Empfänger verpflichtet, dessen Weisungen zu folgen. Hierdurch würden jedoch nur vertragsmäßige Befugnisse geregelt, welche dem Absender und dem Empfänger gegen den Frachtführer zustünden. Das seien jedoch nur obligatorische Beziehungen, die an den Besitzverhältnissen und den Rechten des Absenders an der Ware nichts änderten, sonst müsse auch der Verkäufer immer für den Käufer besitzen. M. E. ist der letzteren Ansicht beizutreten.

Die §§ 425 ff. HGB. regeln lediglich die obligatorischen Beziehungen zwischen den am Frachtvertrag beteiligten Personen. § 433 HGB. verbietet dem Frachtführer unter Androhung einer Haftung gegenüber dem Empfänger lediglich von dem genannten Zeitpunkt an, Anweisungen des Absenders zu befolgen. § 435 HGB. gewährt dem Empfänger das Recht zur Klageerhebung gegen den Frachtführer im eigenen Namen. Würde er jetzt schon Eigentümer des Frachtgutes, so wäre ein solches Klagerecht doch wohl selbstverständlich und brauchte nicht erst besonders hervorgehoben zu werden. Die Fähigkeit, dingliche Rechte zu übertragen, ist den handelsrechtlichen Traditionspapieren vorbehalten, zu denen im Frachtrecht der von dem Frachtführer ausgestellte Ladeschein gehört. Dieser ist daher von dem durch den Absender auszustellenden in § 433 Abs. 2 HGB. erwähnten Frachtbrief wohl zu unterscheiden. Es braucht, worauf Kluckhohn (S. 67) hinweist,

auf den Eigentumsübergang an den Empfänger gar nicht abgesehen zu sein. Die Stellung des Empfängers dem Frachtführer gegenüber ähnelt also, wie das Reichsgericht mit Recht ausführt, mehr derjenigen des Käufers gegenüber dem Verkäufer als einem Rechtsverhältnis des § 868 BGB. Daher kann man nicht sagen, daß der Besitz an dem Frachtgute wirtschaftlich schon zur besagten Zeit dem Empfänger gehört. Der Absender bleibt daher solange Eigentümer und alleiniger mittelbarer Besitzer, bis der Empfänger gemäß den allgemeinen Vorschriften des BGB. §§ 929/31, 870 in seine Rechtsstellung eintritt, oder er einen über das Gut ausgestellten Ladeschein rechtsgültig erwirbt.

c. Das Lagergeschäft ist nur eine besondere Art der entgeltlichen Verwahrung, die als Handelsgeschäft geregelt ist. Weitere Ausführungen über die Besitzvermittlungseigenschaft erübrigen sich daher.

d. Daß der Auftrag, eine fremde Sache zu veräußern, insbesondere die Verkaufskommission, zur Besitzvermittlung geeignet ist, ist allgemein anerkannt und bedarf keiner längeren Erörterung. Der Beauftragte hat den Besitz vom Auftraggeber erhalten und ist, da er die Sache zu verkaufen hat, zeitweilig zum Besitz verpflichtet. Was dieses Verhältnis von den Beispielen des § 868 unterscheidet, ist dies: Die Sache gelangt im regelmäßigen Verlauf des Geschäfts nicht an den Auftraggeber zurück. Aber ist das wirklich notwendig? Der Herausgabeanspruch besteht hier genau so wie beim Mietvertrag. Nichts hindert den Auftraggeber, den Auftrag zu widerrufen und seine Sache dem Beauftragten abzufordern. Auch das Verpfändungsverhältnis endet oft mit der Veräußerung der Pfandsache durch den Pfandgläubiger; nur bildet das nicht wie hier die Regel, was aber nur einen unwesentlichen Unterschied bedeutet. Die Hauptsache ist, daß der Auftraggeber mit dem Besitz nicht schon sein Eigentum auf den Beauftragten übertragen hat und daher der Besitz wirtschaftlich z. T. noch dem Auftraggeber gehört. Es genügt, daß das Verhältnis auf irgendeine Weise einmal endet.

e. Sehr streitig ist dagegen, ob der Verkäufer einer beweglichen Sache, der sich das Eigentum an dieser Sache vorbehält, mittelbarer Besitzer wird, nachdem er dem Käufer den unmittelbaren Besitz verschafft hat. Maßgebend ist § 455 BGB., wonach ein solcher Eigentumsvorbehalt so auszulegen ist, daß das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird. Es soll also Eigentum nur übergehen, es soll die Einigung über die Eigentumsverschaffung des § 929 BGB. nur unter der Bedingung wirksam sein, daß der Käufer bis zu einer bestimmten Zeit den Kaufpreis vollständig zahlt, der obligatorische Kauf ist unbedingt. Die Frage wird von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung des Reichsgerichts (z. B. RG. 95 S. 107) bejaht.

Rohde (S. 17 ff.) hält den Verkäufer für einen mittelbaren Besitzer. Der Veräußerer, meint er, habe den Besitz nicht verloren, er wolle ihn eventuell wiederhaben. Daß vor der Entscheidung über die Bedingung der Besitz des Erwerbers zum alleinigen tendiere, sei ein ungesunder Gedanke; der Wille des Besitzers gehe nur bei Eintritt der Bedingung auf Alleinbesitz; entscheidend sei, daß die Erfordernisse des § 868 hier vorhanden seien. Eine nähere Ausführung über diese Frage machen Pudor (JW. 1905 S. 314) Geisler (daselbst S. 521). Pudor führt aus, es sei nicht nötig, daß der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren die Sache zurückgeben müsse, was das Beispiel des Pfandgläubigers zeige. Hier sei die Rückgabe zweifelhaft. Weiter sei zweifelhaft, ob es sich bei dem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt um ein Veräußerungsgeschäft handele, gerade wegen der Einfügung der Bedingung. Sodann kommt er auf den Satz Strohals zurück, daß der Besitz dem Mittler vom Oberbesitzer anvertraut sein müsse. Das sei hier der Fall und die Frage daher zu bejahen. Diese Lösung sei auch praktisch richtig, da der mittelbare Besitzer gerade gegen Besitzstörungen Dritter geschützt werden solle. Geisler wendet sich zunächst gegen Pudor, indem er behauptet, dieser würdige den § 455 BGB. und die Ähnlichkeit des Verhältnisses in § 868 falsch. Der Eigentumsvorbehalt sei ein Nebenvertrag zu der dinglichen Einigung. Det Verkauf sei unbedingt. Sei der Kauf bedingt, so habe der Nichteintritt der Bedingung nur die Wirkung eines vorbehaltlosen Rücktritts. Der Rücktritt müsse dem andern Teil erklärt werden. Der Eigentumsübergang werde jedoch im Fall des § 455 bei Nichtzahlung des Kaufpreises von selbst vereitelt, der Verkäufer müsse möglichst weitgehend gesichert werden. Ein zeitweises Besitzrecht sei vorhanden. Er wendet sich sodann gegen das Kriterium Strohals und Pudors in der Weise, wie es auch hier schon geschehen ist und kommt dann zu dem Ergebnis, daß der Besitz ein Vermögensstück sei und der unmittelbare Besitzer ein solches Vermögensstück des mittelbaren Besitzers habe. Als Kriterium des mittelbaren Besitzes stellt er den gleichen Satz wie Leonhard auf, nämlich den Erwerb auf Kosten des mittelbaren Besitzers. Dies sei auch im Falle des § 455 BGB. gegeben. Das Verhältnis brauche nicht wesensgleich mit dem des § 868 zu sein. Für § 455 könne man schließlich auch das Beispiel des Pfandrechts heranziehen. Staudinger (III,2 zu § 868) bejaht die Frage, weil der Käufer zunächst nur auf Zeit zum Besitz berechtigt und die Sache noch nicht aus dem Vermögen des Veräußerers ausgeschieden sei. Der Käufer sei nur Verwalter und Verwahrer. Auch Rosenberg (§ 868 II,2) hält die Stellung des Käufers im Falle des § 455 für eine verwahrerähnliche. Bis zum Eintritt der Bedingung müsse dieser die Sache als eine fremde

behandeln. Auch Neumann (zu § 868,3,b) nimmt Besitzvermittlung an. Eine solche bestehe bei jeder Verwaltung für einen andern, auch wenn eine Verpflichtung dazu sich nur aus den Umständen ergebe, wie im Fall des § 455 BGB. Dieser Ansicht schließt sich ebenfalls die Praxis des RG. an (Vgl. RG. Warneyer 1909 S. 454), wonach es nicht entscheidend ist, ob das Rechtsverhältnis in seiner Ausgestaltung überall den Merkmalen eines unter § 868 fallenden Vertrages entspricht. Auch bei rechtsgeschäftlich vereinbarten Abweichungen, z. B. bei Eigentumsvorbehalt, könne ein solches Verhältnis vorliegen. Im übrigen hält das RG. es auch für genügend, daß das Rechtsverhältnis möglicherweise mit der Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer endet (RG. Warneyer 1913, 200 JW. 1913, 433; vgl. auch RG. in Gruchot 53 S. 147; 57 S. 437).

Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht zunächst Biermann (zu § 868,2,b). Der mittelbare Besitz, so meint er, tendiere zum unmittelbaren; daher vermittle der Käufer im Falle des § 455 dem Verkäufer keinen Besitz; der Veräußerer habe den Besitz schlechthin verloren. Kreß (S. 192 f.) will dem gemäß § 455 übertragenden Verkäufer die Verfügungslegitimation zugunsten eines gutgläubigen Dritten entziehen, die ja im Falle eines mittelbaren Besitzes vorhanden wäre. Dadurch werde die Eigentumsposition des Erwerbers beeinträchtigt. Nur obligatorische oder begrenzte dingliche Rechtsverhältnisse kämen in Betracht. Den Verhältnissen des § 868 sei gemeinsam, daß weder bedingtes Eigentum übertragen, noch die Verfügungslegitimation zugunsten gutgläubiger Dritter und die Eigentumsvermutung des mittelbaren Besitzers zerstört würden. Der Erwerber müsse aus der Art der Forderung das Erlöschen der Verfügungsberechtigung erkennen.

In einem besonderen Aufsatz beschäftigt sich Thiesing (Arch. bürg. R. 29 S. 240) mit dieser Frage. Die Ähnlichkeit der Verhältnisse des § 868 liege darin, daß der unmittelbare Besitzer über kurz oder lang dem andern die Sache zurückgeben müsse. Sodann beruft er sich auf die Beratungen der zweiten Kommission. Diese habe erwogen, daß gewisse Personen, die die Ausübung der tatsächlichen Gewalt einem andern überlassen, die aber durch ein bestimmtes Rechtsverhältnis noch in einer Beziehung zur Sache stünden, Besitzschutz genießen sollten. Ein solches Verhältnis sei jedoch der Kauf nicht; hier solle die Sache der Machtsphäre des Veräußerers ganz entzogen werden. Die bedingte Übereignung ändere daran nichts. Bei normalem Verlauf behalte der Erwerber die Sache, welche dem Veräußerer wirtschaftlich schon eine fremde sei. (Vgl. auch Gierke § 114 III,5 Anm. 39 und Planck zu § 868,2,b).

Um die vorliegende Frage selbständig beurteilen zu können, muß man sich zunächst ein genaues Bild von den Rechtsbeziehungen

der Parteien machen. Als obligatorisches Rechtsverhältnis liegt ein unbedingter Kauf zugrunde. Auf Grund des Kaufes ist der Verkäufer dem Käufer zur Besitz- und Eigentumsverschaffung verpflichtet. Der wirtschaftliche Zweck des Geschäfts geht also nicht nur auf zeitweise Besitzbelastung, sondern auf vollständige Ausscheidung der Sache aus dem Vermögen des Verkäufers und Überführung in dasjenige des Käufers. Der wirtschaftliche Zweck des Kaufes spricht also im allgemeinen gegen eine Besitzvermittlung durch den Käufer. Im Falle des § 455 hat nun der Verkäufer einen Teil seiner Verpflichtungen, nämlich die Übergabepflicht, bereits erfüllt. Der Käufer ist auf Grund des Kaufes bereits zum Besitz berechtigt. Der zweite Teil der Verkäuferpflicht, die Eigentumsverschaffung, ist jedoch laut Vereinbarung aufgeschoben. Erfolgt die vollständige Zahlung des Kaufpreises, so endet dieser Zustand von selbst ohne weiteres Zutun der Parteien. Der Käufer erlangt das Eigentum an der Sache. Bleibt die Zahlung aus, so endet das Besitzrecht des Käufers und der Verkäufer kann sofort die Sache einklagen. Aus dieser Sach- und Rechtslage ergibt sich also, daß der Verkäufer während der Schwebezeit die Sache noch nicht vollständig aufgegeben hat, daß er sie vielmehr eventuell wiederhaben will und daß ihm zu diesem Zweck ein bedingter Anspruch zur Verfügung steht, bedingt durch das Ausbleiben der Zahlung. Da der Verkäufer noch Eigentümer der Sache ist, gehört diese noch seinem Vermögen an. Die Stellung des Käufers ähnelt z. B. in gewisser Beziehung derjenigen eines Verwalters, denn es kann ja sein, daß er die Sache wieder herausgeben muß. Insofern hat er auch verwahrerähnliche Pflichten. Was nun den Verlauf des hier in Rede stehenden Verhältnisses anbetrifft, so wird man normalerweise annehmen können, daß der Käufer seine Zahlungspflicht erfüllt und damit auch vollständig in den Genuß der Sache gelangt; daß also der Herausgabeanspruch im Gegensatz zu den meisten Rechtsverhältnissen des § 868, wie wir es schon beim Verkaufsauftrag gesehen haben, hier gewöhnlich nicht wirksam wird. Auch hier liegt es nicht so, daß, wie T h i e s i n g sagt, der Käufer dem Verkäufer kurz über lang den Besitz sicher wieder einräumen muß. Auch hier ist zur Widerlegung der Gegenansicht auf das Pfandverhältnis zu verweisen. Während beim Pfandrecht und beim Verkaufsauftrag der Verlauf der Verhältnisse von der Zahlungsfähigkeit des Pfandschuldners oder dem Willen des Auftraggebers, also von der Person des mittelbaren Besitzers abhängt, kommt es hier darauf an, ob der Käufer zahlt, also auf einen Umstand in der Person des Unterbesitzers. Wenn auch der Pfandverkauf seltener eintreten wird, als der Eigentumsübergang im Falle des § 455 BGB., so kann man die Ähnlichkeit dieser beiden Verhältnisse, Pfandrecht und Eigentumsvorbehalt, doch nicht rundweg ablehnen. Weiter könnte man vielleicht noch folgendes einwenden: Der Verkäufer könne seine

Rückgabeklage nur auf sein Eigentum oder höchstens auf Besitzbereicherung, nicht aber auf den Kauf gründen, denn dieser erzeugt nicht, wie die Rechtsverhältnisse des § 868, einen Rückgabeanspruch; folglich sei die Ähnlichkeit zu verneinen. Aber das sind m. E. nur Kleinigkeiten, an die ich mich nicht allzusehr klammern möchte. Maßgebend ist und bleibt, daß der Käufer nicht auf Grund seines Eigentums, sondern infolge einer Rechtsbeziehung zum Verkäufer zum Besitz berechtigt ist, und dadurch kommt die wirtschaftliche Stellung der Parteien vielen in § 868 erwähnten Rechtsverhältnissen sehr nah. Wie schon gesagt, hat der Käufer eine verwalter- und verwahrerähnliche Stellung. Auch der Verpfänder verliert in vielen Fällen die Sache endgültig, und da der Käufer mit seinem Besitzrecht auch schon Gebrauchsbefugnisse hat, kann man von einer Ähnlichkeit seiner Stellung mit der des Mieters oder Entleihers sprechen. Da bereits die Kaufsache dem Käufer zum Gebrauche überlassen ist, gleichzeitig sich aber als Eigentum des Verkäufers noch in dessen Vermögen befindet, ist noch ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Verkäufer und der Kaufsache vorhanden, denn er hat jederzeit die Möglichkeit, im Falle der Nichtzahlung des Käufers die Sache wieder an sich zu ziehen. Er ist also wirtschaftlich letzten Endes noch Herr der Sache. Auch ist es notwendig, den Verkäufer während der Schwebezeit in jeder Beziehung dinglich, also auch besitzrechtlich zu schützen. Aus obigen Gründen möchte ich dem Verkäufer im Falle des § 455 BGB. mittelbaren Besitz an der Kaufsache zusprechen.

So liegen die Dinge, wenn der Eigentumsvorbehalt bei Kaufabschluß vereinbart wird. Wie aber, wenn eine solche Abmachung erst später erfolgt? Hier lehnt das Reichsgericht (RG. 54 S. 397) die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung und damit auch die Entstehung mittelbaren Besitzes ab. Der Eigentumsvorbehalt, so wird ausgeführt, sei zwar bei der Übergabe nach § 455 rechtlich möglich und begründe, auch wenn eine Verwaltungspflicht des Käufers nicht vereinbart wäre, ein mittelbares Besitzverhältnis. Nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Vertrag sei aber schon geliefert worden, weshalb die neuen Abmachungen über den Eigentumsvorbehalt nur eine Wiederholung und Ergänzung des ursprünglichen Kaufvertrages seien. Daher sei eine Änderung der bisherigen Verhältnisse nur in der Willenslage der Parteien vor sich gegangen. Der Beklagte (Käufer) habe nur den Willen zu erkennen gegeben, für den Kläger zu besitzen, aber es sei kein neues Rechtsverhältnis geschaffen worden, das wie ein Rückkauf Grundlage der Willensänderung hätte sein können; es fehle die konkrete Bestimmtheit des neuen Rechtsverhältnisses. Ähnlich äußert sich eine Entscheidung in Seuf. Arch. (67 S. 108). Der Eigentumsvorbehalt setze begrifflich das Eigentum des Verkäufers voraus. Habe dieser es schon verloren, so müsse er es erst wiedererlangen, und zwar sei dies

nur nach § 930 möglich. Ein dieser Vorschrift entsprechendes Verhältnis werde jedoch durch bloße nachträgliche Vereinbarung des Vorbehalts nicht begründet, vielmehr sei es Voraussetzung für die Vereinbarung des Vorbehaltes. Der Vorbehalt übertrage kein Eigentum, sondern hemme nur dessen Übergang. Ein nachträglicher Vorbehalt könne daher nicht zunächst das Eigentum zurückübertragen und dann den Übergang auf den Käufer nach § 455 wieder hemmen.

Gegen diese reichsgerichtliche Rechtsprechung wendet sich Flechtheim (JW. 1911 S. 345). Er hält die Rechtsprechung für zu konstruktiv. Sehe man den Vorbehalt eines Rückkaufes als gültig an, so müsse man das auch beim dinglichen Vorbehalt tun. Die Änderung des Kaufpreises und der Zahlungsbedingungen hätten mit der dinglichen Seite nichts zu tun. Die Wirksamkeit des nachträglichen Vorbehalts könne nicht davon abhängen, ob auch sonstige Kaufbedingungen geändert würden. Geändert sei nur die Willenslage der Parteien. Daß diese ohne Beziehungen in der Außenwelt zum Eigentumsübergang ausreichen könne, folge aus § 930 BGB. Die Frage, ob der nachträgliche Eigentumsvorbehalt ein konkretes Rechtsverhältnis zur Änderung der Willenslage begründe, könne nicht durch spekulative Auslegung, sondern nur aus dem wirtschaftlichen Zweck entschieden werden. Ein nachträglicher Eigentumsvorbehalt liege oft im Interesse des Schuldners. Warum er unwirksam sein solle, sei für den Laien nicht einleuchtend. Es sei zwar zur Übereignung im Wege des § 930 ein konkretes Rechtsverhältnis erforderlich, ein solches sei aber auch der Eigentumsvorbehalt, also auch der nachträgliche.

Um einen nachträglichen Eigentumsvorbehalt zu ermöglichen, muß der Käufer unter Zurückbehaltung des unmittelbaren Besitzes dem Verkäufer zurückübereignen. Das kann er aber nur in der durch § 930 BGB. vorgeschriebenen Weise. Der Gedankengang des RG. ist vermutlich der folgende: Der Vorbehalt soll den Eigentumsübergang hemmen; daher ist es logisch unmöglich, durch Vorbehalt Eigentum zu übertragen. Es muß daher ein anderes Rechtsverhältnis, etwa Verwahrung, zu Hilfe genommen werden. Daß diese Begründung recht konstruktiv ist und den wirtschaftlichen Zwecken der Parteien wenig gerecht wird, darin muß man Flechtheim zustimmen. Wie leicht kann es möglich sein, daß die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts bei der Lieferung vergessen oder sonst übersehen wird. Daß in einem solchen Falle der erstrebte Zustand nur auf dem Umweg über eine Verwahrung erreicht werden kann, wird dem Laien schwerlich verständlich sein. An den Abschluß eines solchen Vertrages wird der Nichtjurist auch kaum denken. Daher muß man auf das in § 455 BGB. geregelte Rechtsverhältnis unmittelbar greifen und den Eigentumsvorbehalt selber als ein Verhältnis im Sinne des § 930 ansehen. Auch hiernach leuchtet es ein,

daß der Fall des § 455 als Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. unentbehrlich ist.

f. Streitig wiederum ist die Rechtslage beim Erbbaurecht. Die herrschende Lehre nimmt Besitzvermittlung an. So meint Biermann (§ 868,2,b), der Erbbauberechtigte sei bez. des Grundstücks Mittler des Eigentümers, weil der mittelbare Besitz zum unmittelbaren tendiere. Planck (§ 868,2,b) weist darauf hin, daß das Erbbaurecht zwar auf unbestimmte Zeit bestellt werden könne, daß also der Erbbauberechtigte dann nicht auf Zeit berechtigt sei. Das sei aber nicht schlechthin entscheidend. Das Grundstück bleibe im Vermögen des Eigentümers und sei unbelastet, wenn das Erbbaurecht einmal ende. Rosenberg (§ 868, II,2) beruft sich darauf, daß in § 868 die Worte „auf Zeit“ nicht eine bestimmte Zeit bedeuteten. Im übrigen genüge eine inhaltliche Beschränkung. Kretzschmar (§ 868,b,c) sieht das Verhältnis als ähnlich an, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Besitz von einem andern ableitet und ihn zufolge des konkreten Verhältnisses als Fremdbesitz ausübt. Hierher gehört nach ihm auch der Erbbauberechtigte. (Vgl. auch Staudinger § 868,II,2 und § 1 der Erbaur.VO. I,5,g).

Die entgegengesetzte Ansicht wird zunächst vertreten von Wendt (S. 60, 61 a.a.O.). Er meint, der Erbbauberechtigte sei „in perpetuum“, also nicht „auf Zeit“ berechtigt. Auch Wittmaack (Erbbaurecht S. 181) meint, das Erbbaurecht sei ein dauerndes Verhältnis. Auch passe § 869 nicht auf das Erbbaurecht. Wegen der Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Rechts habe der Grundeigentümer am Inhaber kein Interesse. Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Maenner (§ 35) ein. Das auf Zeit bestellte Erbbaurecht soll zur Besitzvermittlung geeignet sein. Bei unbeschränkter Zeitdauer soll der Erbbauberechtigte Alleinbesitzer des Grundstücks sein.

Was das Erbbaurecht von den in § 868 BGB. als Beispiele angeführten Verhältnissen unterscheidet, ist die Möglichkeit einer unabsehbaren Dauer, sowie seiner Veräußerlichkeit und Vererblichkeit; doch kann dies nicht ohne weiteres entscheiden, denn die Worte „auf Zeit“ im Sinne des § 868 bedeuten nicht auf bestimmte Zeit, sondern es genügt, daß das Verhältnis irgendwann einmal zu Ende geht. Ist nun das Erbbaurecht nicht für eine bestimmte Zeit bestellt, so kann zu seinem Inhalt die Verpflichtung des Erbbauberechtigten erhoben werden, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Recht auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, sg. Heimfallsanspruch (§ 2 Ziff. 4 der Vo.). Auf diese Weise kann sich also der Grundstückseigentümer die Wiedererlangung des Grundstücks sichern. Weiter bestehen auch gewisse inhaltliche Beschränkungen des Erbbaurechts. So muß z. B. das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache des Grundstücks bleiben (§ 1 Abs. 2 der Vo.). Weiter ist oft davon die Rede, daß der mit der Bestellung des Rechts ver-

folgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet werden soll (§ 7 der Vo.). Endlich kann ein Erbbauzins als Entgelt vereinbart werden (§ 9 der Vo.). Das alles deutet darauf hin, daß trotz des inhaltlich weiten Rahmens des Erbbaurechts der Grundstückseigentümer seinen Einfluß doch nicht gänzlich aufgibt. Man muß daher sagen, daß das Grundstück auch wirtschaftlich noch zu seinem Vermögen gehört. Es bringt ihm eventuell sogar laufende Einkünfte wie ein verpachtetes Grundstück. Aus diesen Gründen halte ich den Grundeigentümer für den mittelbaren Besitzer des Grundstücks.

2. Fälle gesetzlichen Besitzergreifungsrechts.

a. Hier tritt zunächst die Frage auf, ob die Ehefrau bei dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung mittelbare Besitzerin des eingebrachten Gutes ist. Im Falle dieses Güterstandes hat der Mann gemäß § 1373 BGB. das Recht, die zum eingebrachten Gut der Frau gehörenden Sachen in Besitz zu nehmen. Der mittelbare Besitz der Frau wird bestritten von Hein (a.aO. S. 124). Er meint, die Annahme eines mittelbaren Besitzes habe für die Besitzansprüche unhaltbare Ergebnisse. Bei Rechtshängigkeit eines dinglichen Besitzanspruchs z. B. der Besitzergreifung durch den Mann wirke das gegen die Frau ergangene Urteil gemäß § 325, 727 ZPO. auch gegen den Mann. Vor der Besitzergreifung durch diesen sei die Klage gemäß § 739 ZPO. gegen beide Ehegatten zu richten gewesen. Habe der Kläger nur die Frau ohne Zustimmung des Mannes belangt und werde die Sache der Frau unter Verletzung der §§ 766, 771 ZPO. genommen, so könnte der Mann sie gemäß §§ 1380, 1400 Abs. 2 BGB. wieder herausverlangen. Wenn aber der Mann die Klage durchführe, lägen die Voraussetzungen des § 325 ZPO. im Verhältnis zum ersten Prozeß vor, so daß das Urteil gegen ihn wirksam würde. Daher sei der Mann Besitzvertreter.

Wie später in den Fällen der gesetzlichen Vertretung, so sehen wir auch schon hier das Bestreben eines Teiles der Literatur, wieder die vom BGB. abgetanen römischen Begriffe des juristischen Besitzes und der Besitzvertretung einzuführen.

Auch Ullmann (Arch. ziv. Prax. 92 S. 306 ff.) lehnt die Besitzmittlereigenschaft des Mannes ab. Er führt aus, als mittelbarer Besitzerin ständen der Frau die in § 869 BGB. bestimmten Ansprüche zu. Nach § 1363 BGB. gehöre der Anspruch auf Besitzeinräumung an den Mann zum eingebrachten Gut. Da nach § 1400 Abs. 2 BGB. zur Prozeßführung der Frau über eingebrachtes Gut die Zustimmung des Mannes notwendig sei, bestehe ein Widerspruch zwischen letzterer Vorschrift und § 869 BGB. Dieser Anspruch könne nicht vorgehen. Ein ähnlicher Widerspruch bestehe zwischen § 870 und § 1395 BGB. Daher gebe es einen mittelbaren Besitz

nur noch dem Namen nach. Allmann versucht dann aus den Beratungen der Gesetzgebungskommission nachzuweisen, daß die Ähnlichkeit der zur Besitzvermittlung geeigneten Rechtsverhältnisse auch in Ansehung des Grundes der Besitzüberlassung bestehen müsse. Mittelbarer Besitzer sollte nach diesen Beratungen sein, wer die Ausübung der tatsächlichen Gewalt einem andern überlassen habe, aber noch in gewisser Beziehung zur Sache stehe. Es müsse sich wenigstens um einen Akt rechtsgeschäftlichen Charakters handeln. Ein nur durch Gesetz begründetes Schuldverhältnis genüge nicht. Bei der Ehe könne man nicht sagen, daß das Gesetz den Willen der Ehefrau zur Überlassung des Vermögens an den Mann fingiere. Es hält daher den Mann für den Alleinbesitzer des eingebrachten Gutes. (Ähnlich wie Allmann auch Endemann Seite 731).

Die herrschende Lehre, daß die Frau doch die zum eingebrachten Gut gehörigen Sachen mittelbar besitze, verteidigt Oertmann (a.a.O.). Er weist für die Bedeutung des mittelbaren Besitzes zunächst auf § 1006, 1007 BGB. hin. Nach der Gegenansicht könne die Frau die Ersitzung nicht vollenden. Auch könne sie sonst nicht mit der Eigentumsklage belangt werden. Es leuchtet ihm nicht ein, warum der Mann zu einer Klage der Frau die Zustimmung verweigern solle, welche sogar oft entbehrlich und auch ersetzbar sei. Sei der Mann Alleinbesitzer, so könne die Frau nie verklagt werden, geschweige denn ein Urteil ihr gegenüber rechtskräftig werden. Zu einer Verfügung über den mittelbaren Besitz könne Genehmigung durch den Mann erfolgen. Trotz des Verwaltungsrechts des Mannes könne die Frau ihren mittelbaren Besitz innerhalb der durch dieses Recht gemeinsamen Betätigungsgrenze ausüben. Der Besitz braucht ihr deshalb nicht ganz zu fehlen. Sonst könne man ihr auch das Eigentum entziehen. Das Erfordernis einer rechtsgeschäftlichen Abhängigkeit stehe nicht im Gesetz. Auch bestehe eine Ähnlichkeit zwischen der Nutznießung des Mannes und dem sachenrechtlichen Institut des Nießbrauchs. Der E,I § 1292 habe das Nießbraurecht für entsprechend anwendbar erklärt. Es sei nicht einzusehen, warum das für das BGB. nicht mehr in Betracht kommen sollte.

Den Darlegungen Oertmanns folgend, hat dann auch Allmann (Arch. bürg. R. 22 S. 110) seinen früheren Standpunkt aufgegeben. Zu dem Punkt Ersitzung fügt er noch hinzu, daß eine Anrechnung der Ersitzungszeit nach § 943 BGB. nur bei der Rechtsnachfolge in den Eigenbesitz stattfinde. Der Mann sei aber weder Rechtsnachfolger der Frau, noch habe er Eigenbesitz.

Tatsächlich muß man auch den Ausführungen Oertmanns beipflichten. Spräche man der Ehefrau jeglichen Besitz ab, so spräche für sie nicht die Eigentumsvermutung gemäß § 1006 Abs. 3 BGB., und der Anspruch aus § 1007 wäre ihr entzogen, die Ersitzung wäre

ausgeschlossen, weil dann kein Eigenbesitz vorhanden wäre. Die Passivlegitimation der Frau gemäß § 985 BGB. würde dann beseitigt, was für den Prozeßgegner sehr mißlich wäre.

Wenn man die Ablehnung des mittelbaren Besitzes damit begründen will, daß ja die Frau zur Übertragung desselben nach § 870 BGB. gemäß § 1395 der Zustimmung des Mannes bedürfe, so könnte man ihr jegliches Recht, auch das Eigentum, absprechen, nur aus dem Grunde, daß sie ja nicht frei über ihre Rechte verfügen könne. Die Tatsache, daß in § 868 nur rechtsgeschäftliche Verhältnisse als Beispiele angeführt sind, beruht doch wohl mehr auf Zufall. Nichts spricht weiter dafür, daß hieraus Schlüsse auf das Merkmal der Ähnlichkeit zu ziehen sind. Es besteht eine unverkennbare Ähnlichkeit zwischen §§ 1373 ff. BGB. und dem Nießbrauch. Der Mann kann nicht voll nach eigenem Gutdünken schalten und walten, sondern ist Verfügungsbeschränkungen und sonstigen Kontrollen durch die Frau unterworfen. Daraus ergibt sich, daß trotz des gesetzlichen Besitzrechts des Mannes doch noch ein wirtschaftlicher Einfluß der Frau auf ihr eingebrachtes Gut bestehen bleibt. Daher muß man für den in Rede stehenden Güterstand den mittelbaren Besitz der Frau am eingebrachten Gut anerkennen (vgl. auch Staudinger § 1373,4,b, § 854 IV, Wolff § 8).

Um den von Hein angeführten Nachteilen dieser Ansicht entgegenzutreten, könnte man § 739 ZPO., wonach zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut auch ein Duldungsurteil gegen den Mann erforderlich ist, als Sondervorschrift dem § 325 ZPO. vorgehen lassen, oder man könnte dem Mann anraten, zum eingebrachten Gut gehörige Sachen, auf deren Herausgabe die Frau verklagt worden ist, bis zur Erledigung des Prozesses nicht in Besitz zu nehmen. Man braucht aber deshalb doch nicht vom Gesetz offenbar abgetane Begriffe wieder auszugraben. (Vgl. auch b).

b. Hierher gehören weiter die Fälle der gesetzlichen Vertretung und zwar:

aa. Zunächst die gesetzliche Vertretung der Minderjährigen.

Auch hier sind die Besitzverhältnisse streitig. Leonhard (a.a.O. S. 60 ff.) hält den gesetzlichen Vertreter selbst für den Besitzer der Sachen des Vertretenen, soweit dieser nicht selbst die Gewalt über seine Sachen hat. Nur dadurch, daß der Vormund Besitz habe, sei sein Verwendungsanspruch gesichert. Dafür sprächen auch die Vorschriften, wonach der Vormund Gegenstände an den Mündel überlassen könne und nicht Mündelvermögen für sich verwenden dürfe, was sonst selbstverständlich sei.

Auch Staudinger (zu § 854, IV,3) ist dieser Ansicht. Man müsse, so führt er aus, mit dem System des Gesetzes möglichst lange auskommen. Die Vererblichkeit des Besitzes stehe nicht im Wege, da der Besitzübergang auf den Erben des Vormunds kein Nachteil für den Mündel sei.

Auch Dernburg hält den Vertreter für den Besitzer, da er nicht den Weisungen des Vertretenen unterstehe. Endemann (§ 31,4,e) meint, der Vormund sei Besitzer desjenigen Mündelgutes, das er selbst in seiner Gewalt habe. (Desgleichen auch Bendix a.a.O. S. 46, Biermann zu § 868,4).

Manche hingegen wollen auch hier einen juristischen Besitz des Vertretenen konstruieren.

Förtsch (Gruchot 43 S. 545) meint, alle gesetzlichen Vertreter betätigten den Besitz des Vertretenen. Das gelte unbedingt für die Personen, die zur Gewaltausübung nicht fähig seien, wie für Säuglinge. Das gelte aber auch, wenn der Vertretene diese Fähigkeit besitze, aber trotzdem die Gewalt nicht ausübe. Es sei selbstverständlich, daß auch diejenigen, die die Gewalt nicht selbst ausüben könnten, besitzfähig seien. Schon in der Denkschrift stehe das geschrieben. Unter Berufung auf die Gleichstellung aller Besitzer, insbesondere bez. der Eigentumsklage und darauf, daß nach der Gegenansicht der Besitz auf den Erben des Vormunds übergehe, lehnt er jeden Besitz des Vormunds am Mündelgut ab. Auch § 855 BGB. enthalte nicht alle Fälle einer Inhabung ohne Besitz.

Auch Kreß (S. 181 ff.) versucht, einen juristischen Besitz des gesetzlich Vertretenen zu konstruieren. Wenn ein solcher im BGB. nicht ausdrücklich zugelassen sei, heißt es, so ergebe er sich doch daraus, daß der gesetzliche Vertreter dem Vertretenen nach § 164 BGB. jede Rechtsposition erwerben könne. Der Vertreter müsse Verkehrsbesitzer sein. Es bestehe kein Anhalt dafür, daß er nur Besitzdiener sei. Manche Bestimmungen über den mittelbaren Besitz paßten nicht auf diesen Fall; so u.a. §§ 870, 991 Abs.1 BGB. Der Vertreter, der eine Sache des Vertretenen für diesen vermiete, könne nicht dadurch mittelbaren Besitz erwerben. Endlich kommt Kreß (S. 223) auf den schon von Allmann vertretenen Satz zurück, daß mittelbarer Besitz nur durch freiwillige Abgabe des Besitzes gemäß § 868 BGB. entstehen könne. Grund: Geschichtlicher Werdegang und Sinn des § 868. Man könne nicht nach der Art der Rechtsverhältnisse allein urteilen.

Gegen diese Konstruktion von Kreß wendet sich Rohde (Abschnitt 23 S. 58 ff.). Wenn man, so führt er aus, einen solchen juristischen Besitz aus den gesamten Vorschriften des BGB. folgern wolle, dann müsse das Gesetz zwei Arten des juristischen Besitzes, nämlich den aus § 857 und § 868 geordnet, die übrigen aber unerwähnt gelassen haben. Auch in § 76 ZPO. sei ein solcher Besitz nicht genannt, ebenso wenig in § 164 BGB. Als eine Tatsache könne der Besitz nicht ohne weiteres durch eine Willenserklärung erworben werden. Das müsse sonst schon auf eine Fiktion gegründet werden, wozu aber § 164 keinen Anlaß gebe. Zum Erwerb des Besitzes für einen andern müsse noch eine äußere Sachlage kommen. Hier liege aber weder der Fall des § 855 noch der des

§ 854 Abs. 2 BGB. vor. Zur Bezeichnung einer Rechtsposition als juristischen Besitz sei eine Gesetzesbestimmung erforderlich. Diese bestehe jedoch nur in § 868. Auch Rohde lehnt die Auffassung ab, daß der mittelbare Besitzer den Besitz vorher gehabt haben müsse.

Auch Bunsen (S. 12 ff.) hält den Vertretenen allein für den Besitzer, weil der Vertreter selbst keine Gewalt haben, sondern fremde schützen wolle.

M. E. ist der gesetzliche Vertreter, soweit er Sachen des Vertretenen in seiner Gewalt hat, unbedingt als Besitzer anzusehen. Besitzdiener ist er keinesfalls, da er nicht den Weisungen des Vertretenen zu folgen hat. Vielmehr liegt die Sache meist umgekehrt. Aber auch die Theorie vom alleinigen juristischen Besitz des Vertretenen ist abzulehnen. Dafür spricht, wie schon mehrfach erwähnt, die Geschichte. Gerade gegen die noch in den ersten Entwurf des BGB. übernommene Unterscheidung von juristischem Besitz und Inhabung richtete sich ja die Kritik, insbesondere von Ihering in seinem „Besitzwillen", die dann auch die Gesetzgeber bewog, den Besitz in der endgültig zum Gesetz erhobenen Fassung als reine Tatsache hinzustellen. Sodann darf der Vertreter, wenn er von einem Dritten mit der Eigentumsklage in Anspruch genommen wird, diese nicht mit der Ausrede abweisen können, daß er nur Besitzvertreter sei. Das wird ein Außenstehender oft schwer beurteilen können. Daß dagegen jemand nur Besitzdiener ist, wird leichter ins Auge fallen. Weiter liegt es auch im Interesse des Vertreters, daß er selbst Besitzer ist. Nach der Gegenansicht könnte man ihm vielleicht analog § 860 BGB. das Abwehrrecht gegen Besitzstörungen Dritter geben, aber es wäre schwierig, ihm Besitzschutzansprüche gegen den Vertretenen zu verleihen, da nicht einmal der Besitzdiener gegen seinen Besitzherrn geschützt ist. Es wäre dann also dem Vertretenen möglich, gegen den Vertreter verbotene Eigenmacht zu üben. Endlich ist auch nicht ersichtlich, welcher Nachteil dem Vertretenen durch den Übergang des Besitzes auf den Erben des Vertreters erwachsen könnte. Er würde doch die Eigentumsklage und die ihm nach § 869 BGB zustehenden Ansprüche behalten. Über die Behauptung, daß § 870 BGB. auf diesen Fall nicht anwendbar sei, gilt das oben unter a Gesagte. Ist der Vertreter Besitzer, so ist unschwer zu erkennen, daß er dem Vertretenen Besitz vermittelt, denn er hat die Stellung eines Verwalters; und Verwaltungspflichten ergeben sich aus den meisten der in § 868 genannten Verhältnisse. Außerdem hat der Vater als gesetzlicher Vertreter ein nießbrauchähnliches Recht am Kindesvermögen (Vgl. Staudinger, Vorbem. 3,d zu § 1637).

bb. Sodann das Vereinsorgan als gesetzlicher Vertreter. Hier findet die Ansicht von der Besitzfähigkeit der juristischen Person, vertreten durch ihre Organe, mehr Anklang (vgl. Biermann zu

§ 864,4, Staudinger § 854,IV,3, Rosenberg § 855,IV,2), weil die Handlungen der Organe als solche der juristischen Person gelten.

Dernburg (§ 14) hält die Vorstände juristischer Personen für Besitzdiener, weil sie den Anweisungen anderer Organe zu folgen hätten.

Bendix (a.a.O.), Leonhard (S. 63), Kretzschmar (§ 868, 2,e,) Endemann (§ 31) halten das Organ der juristischen Personen selbst für den Besitzer und die juristische Person für den mittelbaren Besitzer.

Der Vorstand kann vielleicht in manchen Fällen eine besitzdienerähnliche Stellung haben, wenn er vollkommen den Anweisungen der Mitgliederversammlung untersteht. In den meisten Fällen wird er jedoch als selbständiges Vertretungsorgan auch die Stellung eines Besitzers haben. Nun sind aber Vorstand und Verein keine wesentlich verschiedenen Personen, sondern der Vorstand ist als Organ gleichsam ein Teil der juristischen Person. Deshalb kann man m. E. nicht sagen, daß die juristische Person lediglich mittelbar besitzt. Wie der Mensch unmittelbar durch seine Glieder handelt, so auch die juristische Person durch ihre Organe. Durch das als Vorstand bezeichnete Organ übt sie die tatsächliche Gewalt selbst aus. Das ist es, was den Vorstand von einem gewöhnlichen Vertreter unterscheidet. Daher muß man hier m. E. den Vorstand der juristischen Person ausnahmsweise als Besitzvertreter ansehen. Diese Entscheidung bedeutet also nicht etwa eine Wiedererweckung des vor dem BGB. geltenden Rechts, sondern sie folgt aus der Organeigenschaft der Vertreter der juristischen Person. (Wie hier natürlich auch Kreß und Foertsch in Konsequenz ihrer allgemeinen Ansicht von der Besitzvertretung).

c. Der Testamentsvollstrecker und der Konkursverwalter.

Auch hier spricht Kreß (S. 190 ff.) dem Erben den alleinigen Besitz zu. Er werde in dieser Beziehung genau wie ein Geschäftsunfähiger behandelt, und seine Rechtsstellung dürfe nur insoweit beschränkt werden, als das Gesetz dies zulasse. In gleicher Weise verfährt Hein (Seite 129). Er geht davon aus, daß der Testamentsvollstrecker als Besitzer nach § 985 verklagt werden kann, und daß das gegen den Erben ergangene Urteil auch gemäß § 325 ZPO. gegen den Vollstrecker wirke, wenn dieser den Besitz während der Rechtshängigkeit des Anspruchs ergreife. Bei der Vollstreckung des Urteils vor der Besitzergreifung durch ihn könne er der Vollstreckung widersprechen, während nach der Besitzergreifung das Urteil gegen ihn rechtskräftig sei. Außerdem übe der Testamentsvollstrecker seine Tätigkeit nicht auf Grund des Verhältnisses zum Erben, was nach § 868 nötig sei, sondern auf Grund seiner amtlichen Stellung aus.

Zur Widerlegung dieser Lehre kann auf das unter a und b, aa

Gesagte verwiesen werden. Der Testamentsvollstrecker ist durch § 748 ZPO. geschützt, wonach ein volles Urteil gegen ihn, oder doch nach Abs. 2 ein Duldungsurteil erforderlich ist. Diese Vorschrift könnte in diesem Fall an die Stelle des § 739 ZPO. treten. Auch spricht das Gesetz in § 2205 BGB. von dem Recht des Testamentsvollstreckers, den Nachlaß in Besitz zu nehmen; und es ist kaum denkbar, daß es an den verschiedenen Stellen, wo von der Besitznahme die Rede ist, grundverschiedene Arten des Besitzes meint, wenn es andererseits doch im Sachenrecht den Besitz als bloße Tatsache regelt. Da der Testamentsvollstrecker mit Verwaltungspflichten und -Rechten ausgestattet ist, vermittelt er dem Erben Besitz. Durch seine amtliche Stellung wird eben das Verhältnis zum Erben geschaffen, von dem in § 868 BGB. die Rede ist (vgl. auch Kniep Seite 146).

Was den Konkursverwalter anbetrifft, so spricht man ihm wohl allgemein Besitz zu, will ihm aber teilweise Alleinbesitz gewähren; so Bendix (a.a.O.), da er kraft eigenen Rechts besitze. Kniep (S. 147) meint, der Gemeinschuldner sei nur mittelbarer Besitzer dessen, was bei der Verteilung übrig bleibe. Er glaubt wahrscheinlich, die Sachen müßten notwendig an den mittelbaren Besitzer zurückgelangen. Wie aber bereits früher ausgeführt, ist das nicht erforderlich, sondern es genügt, wenn das Verhältnis auf irgendeine Weise endigt. Im Konkursfalle endet es genau so, wie möglicherweise auch bei der Verpfändung. So spricht denn auch die herrschende Meinung, von den Konkursrechtsschriftstellern insbesondere Jaeger (K.O. § 117 Anm. 6), indem er auf die Gleichheit des § 117 Abs. 1 KO. mit dem Sprachgebrauch des BGB. aufmerksam macht, dem Gemeinschuldner mittelbaren Besitz zu. Der Konkursverwalter ist nun aber auch nicht sein eigener Herr, sondern durch den Zweck des Konkursverfahrens gebunden. Er ist dem Gemeinschuldner gegenüber nur auf Zeit zum Besitz berechtigt und hat ihm nach Beendigung des Verfahrens die nicht verbrauchte Konkursmasse herauszugeben. Darin zeigt sich die Ähnlichkeit mit den Verhältnissen des § 868 BGB. (vgl. auch Petersen-Kleinfeller § 117 KO. Anm. 1, Rosenberg a.a.O. § 868 BGB. II,2; Staudinger § 854, IV,3).

II. Endlich gelangen wir zu den Fällen des Erwerbs des mittelbaren Besitzes durch Dritte, dem sg. Erwerb durch Stellvertreter, und durch nur gesetzliche Schuldverhältnisse (Geschäftsführung ohne Auftrag).

1. Für den Erwerb durch Stellvertreter kommt in Frage der Erwerb durch Beauftragte, wovon hier insbesondere zu handeln ist. Sodann ist auch zu denken an den Erwerb des Verpächters durch den Pächter, der in Abgang gekommene Stücke des mitverpachteten Inventars ersetzt, und den Erwerb der Ehefrau durch den Ehemann

im Falle des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung § 1381 BGB.

Zunächst ist festzustellen, daß es sich hier nicht um einen Erwerb durch Stellvertreter im wahren Sinne des Wortes handelt; denn zum Begriff der Stellvertretung gehört es in erster Linie, daß die Wirkungen des Geschäfts lediglich die Person des Vertretenen, nicht aber die des Vertreters treffen. Das geschieht im Falle des § 855 und des § 854,2 BGB. (vgl. Przibilla (Iherings Jahrb. 50 S. 327, Leonhard a.a.O. § 23, R.G.R.K. § 868,1). Bei einem Erwerb auf Grund des § 868 hingegen tritt auch in der Person des Vertreters eine Rechtsfolge ein, nämlich der Erwerb des unmittelbaren Besitzes. Trotzdem ist, wie sich noch zeigen wird, der Begriff der Stellvertretung auch hier nicht ganz zu entbehren.

Beim Erwerb durch Stellvertreter ist bekanntlich zu unterscheiden zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis, sg. Unterscheidung zwischen Auftrag und Vollmacht. Worauf beruht nun der mittelbare Besitz? Doch wohl in erster Linie auf dem Innenverhältnis; denn § 868 BGB. spricht von einem Rechtsverhältnis, kraft dessen jemand einem andern gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Ob nun lediglich der Vertreter oder neben ihm der Geschäftsherr Besitzer ist, darüber gibt demnach zunächst das Innenverhältnis Aufschluß. Das Außenverhältnis dagegen kümmert sich nur um die Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten, von dem der Vertreter erworben hat.

Es ist also zunächst festzustellen, ob der Auftrag zur Besitzvermittlung geeignet ist. Daß dies der Fall ist, ist unschwer zu erkennen. Den Veräußerungsauftrag haben wir bereits als Besitz vermittelndes Rechtsverhältnis kennen gelernt. Hier ergibt sich diese Eigenschaft aus der dem Beauftragten auferlegten Herausgabepflicht; hier tritt also der Herausgabeanspruch des Auftraggebers in Wirksamkeit. Somit verpflichtet der Auftrag den Beauftragten zur Verwaltung und Verwahrung und zum zeitweiligen Besitz des Erworbenen.

Das alles genügt jedoch noch nicht, um ein dem § 868 ähnliches Verhältnis zu schaffen. Hier müssen wir nun auch das Außenverhältnis in den Kreis unserer Betrachtungen ziehen. Der Beauftragte soll auf Grund des Auftrags zum Besitz berechtigt sein. Dazu ist notwendig, daß er als Vertreter des Auftraggebers auftritt, also in seinem Namen und von ihm bevollmächtigt handelt. Zur Begründung mittelbaren Besitzes ist erforderlich, daß der Auftrag Rechtsgrund des Besitzes des Beauftragten ist; denn dieser soll vermöge des Auftrags „zum Besitz berechtigt“ sein. Um dies zu ermöglichen, muß der Beauftragte sowohl dem Auftraggeber als auch dem Dritten gegenüber das Recht haben, unmittelbar für erstern zu erwerben und muß auch von diesem Rechte Gebrauch machen. Fehlt die Erwerbsberechtigung im Verhältnis zum Auf-

traggeber, so stellt der Auftrag lediglich das Motiv der Handlung des Beauftragten dar. Dieser muß daher die erworbene Sache nachträglich in das Auftragsverhältnis hineinstellen, um zum Besitzmittler zu werden. Hierzu genügt ein einseitiges Rechtsgeschäft, da der Auftrag als solcher rechtlich schon vorhanden ist und daher die vertragliche Grundlage bereits besteht (vgl. Rosenberg § 868,II,2 S. 132). Fehlt hingegen die Erwerbsvollmacht, oder tritt der Beauftragte nicht im Namen des Auftraggebers auf, so ist die Möglichkeit eines Erwerbs auf Grund des Auftrags gar nicht gegeben. Hier wird nämlich der Beauftragte zunächst selbst Eigentümer, da die Wirkungen des Geschäfts mit dem Dritten lediglich auf ihn fallen. Sein Besitzrecht gründet sich demnach zunächst auf sein Eigentum, und der Auftraggeber hat lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Übereignung. Da die Sache demnach noch gar nicht zum Vermögen des Auftraggebers, sondern vielmehr zu dem des Beauftragten gehört, hat ersterer auch noch keine wirtschaftliche Macht über sie. Diese genießt vielmehr in vollem Umfang der Beauftragte. Daher kann man auch noch nicht von einer Besitzvermittlung durch den Beauftragten sprechen. Hierin liegt die Bedeutung der Stellvertretung für den Erwerb des mittelbaren Besitzes, welche auch allgemein anerkannt wird[1]). Auch Last (a.a.o. S. 91) geht von diesem Standpunkt aus. Er will daraus die Folgerung herleiten, daß zum Erwerb des mittelbaren Besitzes wie hier, so auch in allen andern Fällen, der Erwerbswille beider Parteien erforderlich ist. Das trifft für den Auftrag insofern zu, als zum Erwerb eine Ermächtigung des Beauftragten durch den Auftraggeber und ein Handeln des ersteren auf Grund dieser Ermächtigung notwendig ist; darf jedoch nicht dahin übertrieben werden, daß die Parteien sich in ihrem Innern wirklich entschlossen haben müssen, ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 zu begründen.

Ein solcher Erwerb, wie er eben geschildert wurde, würde wohl meist gemäß § 929 BGB. durch den Beauftragten vorgenommen werden. Kann nun nach § 929 ein Erwerb durch Stellvertretung unmittelbar erfolgen? Das verneint Leonhard (§ 23); die Übergabe im Sinne des § 929 BGB. sei nur Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, während § 930 und § 931 BGB. die Zuwendung des mittelbaren Besitzes nur als Ersatz der Übergabe bezeichneten. Er schlägt deshalb in § 31 folgenden Ausweg vor: Der Veräußerer soll dem Vertreter des Erwerbers die Sache übergeben und dann ebenfalls ihm gegenüber den Herausgabeanspruch gemäß § 931 an den Erwerber abtreten. Das werde zwar nicht wörtlich geschehen, aber man könne aus dem Verhandelten den Grundgedanken dieser Konstruktion entnehmen. Damit soll dem

1) Vgl. Planck § 868, 2,b, Biermann § 868,6, Staudinger § 868,II,3, Rosenberg S. 132, Rohde Abschnitt 21 Seite 46 ff., Przibilla S. 327 ff.

praktischen Bedürfnis auf Zulassung des Erwerbs durch Dritte entsprochen werden.

Hiergegen wendet sich Rümelin (Arch. ziv. Prax. 93 Seite 259). Der Wortlaut des § 929 gebe keine Veranlassung, die Übergabe nicht auch auf die Verschaffung mittelbaren Besitzes zu beziehen. In den Fällen der §§ 930/31 finde keine direkte Übergabe statt. Daraus dürfe man aber nicht schließen, daß die Übergabe durch Verschaffung des mittelbaren Besitzes ausgeschlossen sei. Auch Planck (zu § 929,5) erkennt das praktische Bedürfnis eines Erwerbs durch Stellvertreter an. In der sachenrechtlichen Einigung, die der Beauftragte mit dem Eigentümer in der Absicht schließe, dem Auftraggeber Besitz zu erwerben, vollziehe sich gleichzeitig ein Besitzkonstitut. Damit erlange der Vertretene immer das Eigentum. Biermann § 929,3,b) macht darauf aufmerksam, daß es sich in §§ 930/31 um wesentlich andere Fälle handele als beim Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 929. Bei ersteren trete der Besitzwechsel nicht äußerlich zu Tage, während es hier der Fall sei.

M. E. kann man die Möglichkeit eines sofortigen Erwerbs des mittelbaren Besitzes gemäß § 929 BGB. anerkennen. Der Wortlaut des § 929 S. 1 gibt keinen Anlaß, das Wort „Übergabe" nicht auch auf den mittelbaren Besitz zu beziehen. In §§ 930/31 BGB. ist von ganz andern Fällen die Rede als hier. Erstenfalls bleibt der Veräußerer, letzterenfalls der Dritte, gegen den sich der Anspruch richtet, unmittelbarer Besitzer wie bisher. Der Zweck dieser Vorschriften besteht doch gerade darin, daß besagten Personen der Besitz belassen werden soll und auch gleichzeitig die Sache ihren Eigentümer wechseln kann. Im Falle des § 929 Seite 1 hingegen tritt immer auch ein neuer unmittelbarer Besitzer ein. Daher scheint mir ein Umweg über § 931 BGB. nicht erforderlich. Die Bedeutung eines solchen Besitzerwerbes besteht eben darin, daß sie einen Erwerb durch sozial unabhängige Personen ermöglicht (vgl. auch Bruns Seite 86, 87).

Hat der Beauftragte nicht als Vertreter erworben, so muß er, um den Auftraggeber zum mittelbaren Besitzer zu machen, die erworbene Sache in dessen Vermögen bringen. Dies geschieht durch ein weiteres Rechtsgeschäft, und zwar ist zu unterscheiden: Bei vertretbaren Sachen muß der Auftraggeber seine Genehmigung erteilen, da er ja nicht weiß, welche Sachen der Beauftragte für ihn erworben hat. Bei nicht vertretbaren Sachen liegt der Wille des Auftraggebers von vornherein klar. Daher kann der Beauftragte hier die Überführung durch Selbstkontrahieren vornehmen, wozu er meist als ermächtigt anzusehen sein wird. Dieser Akt vollzieht sich nach § 181 BGB. Es ist keine ausdrückliche Mitteilung erforderlich, sondern es genügt jede beliebige Kundmachung der Absicht, ein Verhältnis des § 868 BGB. zu schaffen, z. B. Absendung des Stückeverzeichnisses gemäß § 7 Depotg. durch den Kommissionär

an den Kommittenten; oder der Kommissionär schreibt dem Kommittenten in seinen Geschäftsbüchern bestimmte Nummern einer Art von Wertpapieren mit der Bemerkung „ins Depot" zu. Diesen Fall behandelt das RG. in Seuff. Arch. 39 S. 291. (Vgl. zu diesem Abschnitt noch Bruns S. 162 ff. und Sokolowski S. 317, Rohde a.a.O. und die schon genannten Kommentare zu § 868).

2. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag liegen die Schwierigkeiten darin, daß sich ihre obligatorischen Rechtsfolgen an einen durch den Geschäftsführer erzeugten und im übrigen lediglich gesetzlichen Tatbestand knüpfen. Die Frage ist, ob durch diesen Tatbestand auch ein dem § 868 BGB. entsprechendes Rechtsverhältnis geschaffen wird. Man könnte zunächst auf den Gedanken kommen, ihn entsprechend dem Auftrag zu behandeln. So sieht anscheinend Planck (zu § 868,2,b) den Geschäftsführer, der im Namen des Herrn handelt, als dessen Besitzmittler an. Es bedarf jedoch zuvor noch einer genaueren Betrachtung des Innenverhältnisses.

Kreß (S. 192 ff.) bejaht die Ableitung des Besitzes, da der Besitz des Geschäftsführers wenigstens dem mutmaßlichen Willen des Herrn entspreche. Auch sei das Verhältnis ähnlich wie beim Auftrag und bedeute keine Verschlechterung der Eigentumsposition des Herrn. Endlich sei nach römischem Recht der Geschäftsführer als Besitzdiener behandelt worden, und das BGB. wolle den Besitz des Herrn nicht verschlechtern. Bei Widerspruch der Geschäftsführung mit dem Willen des Herrn bestehe keine Besitzableitung und somit auch kein mittelbarer Besitz.

Kniep (S. 152) hält den Geschäftsführer ohne Auftrag auf jeden Fall für den Besitzmittler des Herrn. Auf dem Standpunkt, daß die Geschäftsführung nicht ohne weiteres mittelbaren Besitz erzeugt, steht die herrschende Lehre.

Biermann (zu § 868,6) lehnt einen Erwerb durch Geschäftsführer im allgemeinen ab; er hält dazu ein Besitzkonstitut zwischen Geschäftsführer und Herrn für erforderlich. Die Gegenansicht sei ein Widerspruch, wenn man dem Verlierer den mittelbaren Besitz abspreche, da der Finder Geschäftsführer sei. Der Besitz erscheine nicht als abgeleitet.

Nach Staudinger (zu § 868,III,2) kann sich ein Verhältnis des § 868 entwickeln, wenn der Geschäftsführer im Namen des Herrn erwirbt. Rosenberg (§ 868,II,2) will die Geschäftsführung gleich dem Auftrag behandelt wissen. Voraussetzung sei Genehmigung des Geschäftsherrn. Nach Rohde (Abschnitt 21 Seite 46) hat der Geschäftsführer zunächst nur den animus domini. Der Erwerb im Namen des Herrn ändere nichts am Willen und an der Zugehörigkeit des Besitzes. Ob vorher eine Vermögensverwaltung durch den Geschäftsführer bestanden habe, sei nicht erheblich, da sonst sich aus ihr die Willenseinstellung des Geschäftsherrn zur Geschäftsführung schon ergebe. Dann liege aber keine

Geschäftsführung ohne Auftrag mehr vor. Die Genehmigung der Geschäftsführung durch den Herrn bedeute schon eine Übereignung nach § 930 BGB.

Isay (S. 78) führt aus, der Mittler müsse den Besitz vermöge des Verhältnisses erlangen. Beruhe die Geschäftsführung auf einer rechtlichen Beziehung des Geschäftsführers zum Herrn, so sei das auch beim Besitz der Fall. Habe der Geschäftsführer die Geschäftsführung freiwillig übernommen, so entstehe das Verhältnis, also auch der Besitz, erst durch die Gestion. Letzterenfalls entstehe demnach kein mittelbarer Besitz, wenn die Gestion gerade im Besitzerwerb bestehe.

Er (Seite 349) verlangt kein Auftreten im Namen des Herrn. Nach § 362 Abs. 2 BGB. trete bez. der realen Leistung die Wirkung für den Herrn ein, wenn er in deren Bewirkung an den Geschäftsführer willige. Solche Einwilligung aber sei in der Bevollmächtigung zur Abgabe und zum Empfang der den übrigen Teil des Rechtsgeschäfts bildenden Erklärung stets enthalten. Daher könne man aus dem Auftreten des Geschäftsführers als Stellvertreter für den Besitz nichts entnehmen.

Auch Bruns (S. 162) erkennt eine Besitzvermittlung des Geschäftsführers an. Dieser sei, so erklärt er, nach § 681 BGB. zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, wenn er für den Herrn erwerben wolle. Bis dahin sei er verwahrungspflichtig. Er vermittle dann nach Genehmigung des Herrn diesem Besitz. Ein Handeln im Namen des Herrn sei nicht erforderlich, auch nicht, daß das Kausalgeschäft auf dessen Namen gestellt sei.

Przibilla behandelt in seinem Aufsatz (Iherings Jahrb. 50 S. 362) nur den Fall, daß der Geschäftsführer Sachen des Herrn in Besitz nimmt, die er etwa bei einem Brande nicht mehr hat retten können. Er lehnt die Besitzvermittlung ab. Die Verwahrungspflicht des Geschäftsführers spiele keine Rolle, sonst könne man schließlich auch verbotene Eigenmacht als Erwerbsgrund des mittelbaren Besitzes ansehen. Bekker (a.a.O. S. 19 f.), gegen den sich Przibilla insbesondere hier wendet, erkennt den mittelbaren Besitz des Geschäftsherrn in diesem Falle an, eben weil der Geschäftsführer Verwahrer sei. Auf einem besondern Standpunkt steht Last (a.a.O. S. 95 ff.). Er stellt auf den Besitzerwerbswillen beider Parteien ab. Wolle der Geschäftsführer zunächst nur für sich erwerben und später erst auf den Herrn übertragen, so erwerbe dieser keinen mittelbaren Besitz. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes trete jedoch ein, wenn der Geschäftsführer für den Herrn zu erwerben die Absicht habe. Der Herr müsse allerdings genehmigen, weil sonst sein Besitzerwerbswille nicht vorhanden sei. Im Anschluß hieran stellt er die Behauptung auf, dem § 868 BGB. liege in dieser Beziehung das römische Recht zu Grunde, das den Besitzerwerbswillen verlangt habe.

Endlich hat auch das Reichsgericht in einer Entscheidung sich mit dieser Frage befaßt und sich auf den Standpunkt der herrschenden Lehre gestellt. (RG. 98 S. 134).

Nimmt jemand als Geschäftsführer die Angelegenheiten eines andern in die Hand, so ist seine erste Pflicht, das Geschäft den Interessen und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Herrn gemäß zu führen. Daraus kann sich schon eine Besitzpflicht ergeben, z. B. in dem von Bekker und Przibilla angeführten Fall des Hausbrandes, oder, wenn der Geschäftsführer zum Erwerb einer Sache bevollmächtigt, jedoch nicht damit beauftragt ist. In besitzrechtlicher Hinsicht ist damit jedoch das Rechtsverhältnis noch lange nicht fertig. Man kann daraus noch nicht ersehen, ob es sich wirklich um einen ehrlichen Geschäftsführer handelt, ob er sich nicht etwa die während des Brandes in Besitz genommene Sache rechtswidrig aneignen will, oder ob er nicht die Vollmacht dazu mißbraucht, um sich einen widerrechtlichen Vorteil zu verschaffen. Das hängt lediglich von seinem inneren Willen ab. Das alles spricht zunächst gegen eine wirtschaftliche Zugehörigkeit des Besitzes zum Vermögen des Herrn.

Eine Klärung tritt nun aber regelmäßig durch die den Geschäftsführer nach § 681 S. 1 BGB. obliegende Anzeigepflicht ein. Hiernach ist er regelmäßig verpflichtet, dem Herrn die Geschäftsführung anzuzeigen und dessen Entschließung abzuwarten. Stimmt dieser zu, so ist nunmehr die Sache endgültig in das Verhältnis hineingestellt, das den Geschäftsherrn auch wirtschaftlich zum Herrn der Sache macht. Hatte der Geschäftsführer zunächst für sich Eigentum erworben, so kann man mit Rohde in der Benachrichtigung nach § 681 einen Antrag des Geschäftsführers auf Abschluß eines Besitzkonstituts nach § 930 BGB. und in der Genehmigung durch den Herrn dessen Annahme erblicken. Hatte der Geschäftsführer als Bevollmächtigter des Herrn erworben, und wußte er, daß der Erwerb dessen wirklichen Willen entspreche, so wird die einfache Benachrichtigung des Herrn durch den Geschäftsführer genügen, um die erworbene Sache in das Besitzmittlungsverhältnis einzustellen, da in diesem Falle die Absicht des Herrn klar liegt. Insoweit beeinflußt also auch hier die Stellvertretung die Entstehung mittelbaren Besitzes. In gewissem Sinne hat auch Last Recht, wenn er den Besitzerwerbswillen beider Parteien fordert, da wie gezeigt, Willensäußerungen beider Parteien, nämlich die Anzeige gemäß § 681 und meist auch die Genehmigung des Herrn nötig sind. Daraus kann aber nicht auf ein Fortleben des römischen Besitzrechts im BGB. geschlossen werden. Dies scheint, wie schon des öfteren bemerkt, durch die Entwicklungsgeschichte eindeutig widerlegt.

Wie steht es mit der Rückwirkung der Genehmigung in besitzrechtlicher Hinsicht?

Für die Rückwirkung treten ein Rosenberg und Bruns (Seite 162). Letzterer glaubt, seine Ansicht daraus folgern zu können, daß der mittelbare Besitz auf einem obligatorischen Vertrag beruht. Auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen Przibilla (Seite 362 f.) und Isay (Seite 360). Przibilla meint, eine solche Rückwirkung könne man nur durch eine analoge Anwendung der Sätze über die Rechtsgeschäfte erreichen. Fasse man die Geschäftsführung analog den einseitigen Rechtsgeschäften auf, so sei eine Genehmigung wegen § 180 überhaupt nicht möglich; lege man die Analogie der Verträge zu Grunde, so müsse man annehmen, daß der Geschäftsführer mit sich selbst nach § 181 BGB. kontrahiere, was aber ohne Vollmacht nichtig sei.

Isay meint, gegen eine Rückwirkung spreche § 184 Abs. 2 BGB. bei Vorgängen realer Natur. Ebenso das Ergebnis für den Fund. Der mittelbare Besitz werde daher erst durch die Genehmigung begründet.

Last hält zur Rückwirkung für notwendig die Absicht des Geschäftsführers, den Herrn im Erwerbswillen zu vertreten; sonst könne die Genehmigung den vollen Tatbestand nicht herstellen; für die Zwischenzeit erscheine der Wille des Herrn nicht als hergestellt.

M. E. ist hier der Ansicht Lasts im Ergebnis beizutreten, wenn auch mit teilweise anderer Begründung. Hat der Geschäftsführer zunächst für sich erworben, so hat, wie gezeigt, die Genehmigung die Natur eines Besitzkonstituts, nicht die einer echten Genehmigung. Einem solchen Vertrage rückwirkende Kraft zu erteilen, besteht keine Veranlassung. Sie tritt ja auch beim Auftrage im gleichen Fall nicht ein; andernfalls, also beim Erwerb des Geschäftsführers als Stellvertreter oder bei sonstigen Besitzerwerbshandlungen, besteht gegen die Rückwirkung kein sachliches Bedenken. Wie durch Genehmigung des Geschäfts eines vollmachtlosen Vertreters der Geschäftsherr mit rückwirkender Kraft Rechte erwerben kann, so ist auch hier möglich, durch Genehmigung rückwirkend ein mittelbares Besitzverhältnis zu schaffen. Besteht die Geschäftsführung in einer tatsächlichen Handlung, so kann man diese analog den einseitigen Rechtsgeschäften behandeln. Einer analogen Anwendung des § 180 bedarf es jedoch nicht, da dieser lediglich den Schutz des Dritten bezweckt, demgegenüber ein vollmachtloser Vertreter auftritt, während es sich hier nur um die Innenbeziehung zwischen Herrn und Geschäftsführer handelt, an der ein Außenstehender regelmäßig kein Interesse hat. Das Fundrecht steht diesem Ergebnis nicht entgegen, da hier nicht wie dort ein Rechtsverlust des Geschäftsherrn durch Zeitablauf eintritt, also nicht die Ersitzungs- und die Ausschlußfrist nebeneinander herlaufen.

§ 5. Rechtsverhältnisse, die keinen Besitz vermitteln.

Nachdem wir die wichtigsten Besitz vermittelnden Rechtsverhältnisse kennen gelernt haben, sollen noch einige Verhältnisse

kurz betrachtet werden, die, obgleich das teilweise bestritten ist, keine Rechtsverhältnisse im Sinne des § 868 BGB. sind.

I. Hierher gehören zunächst, was heute unbestritten ist, die Fälle, in denen sich die Sache rechtlich im Vermögen des unmittelbaren Besitzers befindet.

1. Kauf unter Lieferungsaufschub.

Mittelbarer Besitz des Käufers wird allgemein abgelehnt. Es wird allerdings für das römische Recht von W e n d t (a.a.O. S. 62, 63) behauptet. Er führt aus, der Verkäufer sei nach römischem Recht bis zur Übergabe aufbewahrungspflichtig gewesen. Das BGB. habe diese Verkäuferpflicht nicht direkt abgeschafft, jedoch den Gefahrübergang zugunsten des Käufers verschoben, weshalb dieser nun nicht mehr mittelbarer Besitzer der Kaufsache sei.

Hiergegen wendet sich insbesondere R o h d e (Abschnitt 21 Seite 46). Eine Besitzpflicht, so erklärt er, sei bei Vorhandensein eines Rechts zum Besitz nicht notwendig. Der Verwahrer sei, auch wenn er die Sache weitergeben würde, Mittler des Hinterlegers. Der Gefahrübergang gemäß § 446 BGB. ändere hieran nichts. Der Verkäufer besitze vielmehr nicht auf Grund eines Rechtsverhältnisses zum Käufer, sondern kraft eigenen Rechts.

Diese Ansicht verdient Beifall. Der Verkäufer besitzt, weil er noch Eigentümer ist, die Sache sich also noch in seinem Vermögen befindet. Der Käufer hat nur den Anspruch auf Überführung der Sache in sein Vermögen. Will der Käufer mittelbaren Besitz erlangen, so muß er sich gemäß § 930 BGB. das Eigentum verschaffen. Mit dieser dinglichen Seite hat der Gefahrübergang auch nach spätrömischem Recht nicht das Geringste zu tun.

2. Aus dem gleichen Grund ist auch der unter einer auflösenden Bedingung oder bis zu einem Endtermin Berechtigte nicht Mittler desjenigen, dem der Eintritt der Bedingung oder des Endtermins zustatten kommt. Die veräußerte Sache wird Eigentum des in dieser Weise Berechtigten. Daher erübrigt sich auch die Begründung von K r e ß (S. 192 ff.), die Verfügungslegitimation des Übertragers werde durch diese Übereignung zerstört. Der gute Glaube des Erwerbers hat mit der Frage, ob der Veräußerer auch noch nach der ersten Veräußerung verfügungsberechtigt war, nichts zu tun. Dem Eigentümer, der unter aufschiebender Bedingung veräußert, will § 868 die Verfügungsmöglichkeit wahren. Hat er dagegen unter auflösender Bedingung übereignet, so hat damit seine wirtschaftliche Beziehung zur Sache aufgehört (vgl. auch R o h d e Abschnitt 23 S. 58; v o n T u h r a.a.O. S. 312 Anm. 132).

b. Hierhin gehört auch der Fall der Nacherbfolge. Den Nacherben erkennt K n i e p (S. 161) als mittelbaren Besitzer der Erbschaft an wegen der Unwirksamkeit gewisser Verfügungen des Vorerben über die Erbschaft. Es ist richtig, daß der Vorerbe gewissen Beschränkungen zugunsten des Nacherben unterworfen ist, die den

Bestimmungen über den Nießbrauch und z. T. auch denen über Verwaltung und Nutznießung ähneln. Das liegt aber daran, daß der Vorerbe von Anfang an zur Herausgabe der Erbschaft nach Ablauf einer bestimmten Zeit verpflichtet ist, und sie dem Nacherben daher wenigstens teilweise erhalten bleiben muß. Solange der Vorerbe die Erbschaft hat, ist er jedoch wirklicher Erbe und nicht nur Nießbraucher der Erbschaft, weshalb diese gemäß § 1922 BGB. Bestandteil seines Vermögens wird. Mit dem Eintritt der Nacherbfolge erwirbt der Nacherbe erst den Nachlaß, während dem Nießbraucher das Vermögen auch z. Z. des Nießbrauches gehört.

II. Hier besprechen wir nun noch zwei Fälle, in denen, obgleich Eigentum und unmittelbarer Besitz auseinanderfallen, der Eigentümer auch nicht einmal mittelbaren Besitz hat.

1. Wie ist die Rechtslage, wenn der Veräußerer eines Grundstücks das Grundstück dem Erwerber übergeben, es jedoch noch nicht aufgelassen hat? (Vgl. hierzu RG. 105 S. 23 und OLG. 27 S. 166). Ist der Veräußerer mittelbarer Besitzer des Grundstücks? Die Frage ist zu verneinen. Der Unterschied von § 455 liegt darin, daß dort der Verkäufer berechtigt ist, das Eigentum zurückzuhalten, woraus sich eventuell ein Herausgabeanspruch entwickeln kann. Hier dagegen ist der Veräußerer nicht nur zur Besitzüberlassung an den Erwerber, sondern auch schon zur Übereignung verpflichtet. Er hat kein Recht, die Auflassung zu verweigern. Der Erwerber kann außer der Besitzeinräumung die Übereignung des Grundstücks durch Auflassung fordern. Daher hat der Veräußerer schon mit der Übergabe den Besitz vollständig verloren.

2. Die gleiche Beziehung zwischen Eigentümer und Sache sehen wir beim Funde. Die Frage, ob der Finder dem Verlierer Besitz vermittelt, ist allerdings streitig. Alle Schriftsteller, die den mittelbaren Besitz des Verlierers bejahen, berufen sich auf die Ähnlichkeit des Verhältnisses mit der Verwahrung, oder erklären gar, gemäß § 966 BGB. sei der Finder Verwahrer.

K n i e p (S. 152) meint, erkenne man den mittelbaren Besitz des Verlierers nicht an, so könne es bei der Geschäftsführung ohne Auftrag gar keinen mittelbaren Besitz geben, weil der Finder Geschäftsführer sei.

Besonderer Erwähnung bedürfen die Ausführungen W e n d t s und B e k k e r s. Ersterer erklärt (a.a.O. S. 62), man brauche nur § 966 BGB. zu lesen, dann könne man nicht daran zweifeln, daß der Verlierer mittelbaren Besitz an der verlorenen Sache habe. Dafür spreche auch die Haftung des Finders nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und seine Anzeigepflicht. Da er nach § 966 BGB. zur Verwahrung verpflichtet sei, sei er zum Besitz auf Zeit verpflichtet; auch ohne Ableitung des Besitzes vom Verlierer. Der Besitz des Verlierers werde durch das Finden wieder hergestellt.

Ähnlich argumentiert auch Bekker (a.a.O. S. 19). Eine Ableitung sei keine Voraussetzung des mittelbaren Besitzes, weil das nirgends im Gesetz geschrieben stehe. Der Finder sei nach § 966 BGB. Verwahrer und besitze nicht als ihm gehörend. Eine Verwahrungspflicht könne nicht nur aus einem Vertrage, sondern auch aus einem vertragsähnlichem Verhältnis entstehen. Daß die Worte in § 868 BGB. „auf Zeit" auf ein Verhältnis, das durch Herausgabe an die Polizei gelöst werden könne, unanwendbar seien, bezweifle er. Die Ablieferungsberechtigung sei nur eine Beschränkung der Verwahrungspflicht, nicht des Besitzrechtes. Der Besitz brauche durch das Ablieferungsverlangen der Behörde seine Natur nicht zu ändern.

Auch Matthiaß (§ 145 II) erkennt den redlichen Finder als Besitzmittler an, obgleich er im übrigen bez. der allgemeinen Merkmale des § 868 mit Strohal übereinstimmt. Auch Kretzschmar (§ 868 II,c) steht auf diesem Standpunkt.

Andere, wie Staudinger (III,2 zu § 868), Crome (§ 345) halten den Finder dann für den Besitzmittler des Verlierers, wenn er diesen kennt und für ihn Besitz ergreift. Umgekehrt nimmt Neumann (zu § 868 III,b) mittelbaren Besitz des Verlierers an, wenn dieser über die Person des Finders unterrichtet ist, so daß er den Besitz nicht überhaupt verloren hat.

Die vorgetragenen Ansichten werden von der herrschenden Lehre mit Recht abgelehnt, allerdings oft mit wenig zutreffenden Gründen. Zuzugeben ist jedoch, daß sich ein solcher Besitzerwerb oft in den Formen des § 931 BGB. vollzieht, was Rümelin auch nicht bestreitet.

Strohal meint, (Iherings Jahrb. 38, S. 22), infolge dieser Ansichten müsse man den Finder als Vertreter des Verlierers ansehen, sonst erwerbe er nur für sich, was auch nicht durch eine entgegenstehende Absicht zu ändern sei. Gegen die Annahme eines solchen Vertretungsverhältnisses spreche jedoch § 180 BGB. Diese Begründung ist, worauf Leonhard (Vertretung S. 71) mit Recht hinweist, ungenügend, weil § 868 BGB. ein Verpflichtungsverhältnis verlangt. Die Vertretungsmacht erfaßt, wie schon oben dargelegt, nur die Rechtsbeziehungen des Vertretenen nach außen zu dritten Personen, ist also für die Besitzbeziehung zwischen ihm und dem Vertreter nicht maßgebend. Hierzu ist vielmehr in erster Linie ein Verpflichtungsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem erforderlich.

Weiter weist Leonhard auf die Unnatürlichkeit der Ansichten Wendts und Bekkers hin. Aus § 966 BGB. gehe nicht die Besitzpflicht des Finders hervor. Der Finder könne sich der Verwahrungspflicht durch Abgabe der Sache an die Polizeibehörde entledigen. Die Besitzpflicht sei nach § 868 BGB. ein

erhebliches Merkmal des mittelbaren Besitzes, und es gebe viele Fälle einer Verwahrung ohne Besitzpflicht.

Allein mit dem Hinweis auf die Ablieferungsmöglichkeit an die Polizei läßt sich *Bekker* nicht widerlegen, denn er sagt ja gerade, daß die Ablieferungspflicht nur Beschränkung der Verwahrungspflicht, nicht des Besitzrechts des Finders sei.

Die herrschende Lehre läßt sich am besten folgendermaßen begründen: Eine Verwahrung im Sinne des § 966 BGB. ist keine Verwahrung im Sinne der §§ 688 ff. BGB. und damit des § 868. Dies zeigt schon der Unterschied in der Haftung. Der Finder haftet immer und nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, während einerseits der unentgeltliche Verwahrer nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, andererseits der entgeltliche für jedes Verschulden haftet. Ersteres deutet auf eine stark persönliche Beziehung zwischen Verwahrer und Hinterleger hin, während der Finder den Verlierer oft gar nicht kennt. Letzteres zeigt, daß das entgeltliche Verwahrungsverhältnis für Hinterleger und Verwahrer gleich vorteilhaft ist, während die Rechtsverhältnisse aus dem Funde in erster Linie den Vorteil des Verlierers bezwecken. Sodann ist darauf hinzuweisen, daß eine Verwahrung nicht notwendig den Besitz des Verwahrers mit sich bringt (vgl. *Leonhard* a.a.O. S. 72 f). z. B. bei einem Bankier, der Stahlkammern vermietet.

Das Hauptargument dürfte sein, daß, wie schon gezeigt wurde, für den mittelbaren Besitz das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, das zum Besitz berechtigt oder verpflichtet, erforderlich ist. Dieses Verhältnis ist, worauf *Przibilla* aufmerksam macht, der Oberbegriff und muß vorhanden sein. Es ist die Ursache; das Besitzrecht und die Besitzpflicht sind die Folgen. Das Gegenteil ist aber beim Finder der Fall. Hier entsteht zunächst der Besitz durch Besitzergreifung. Es ist die Ursache, die Verwahrungspflicht knüpft sich als Folge an die Besitzergreifung. Dies übersehen die Gegner. Sie verwechseln Grund und Folge. Damit ist die Theorie *Wendts* und *Bekkers* von der Verwahrerstellung des Finders widerlegt.

Der Besitz des Verlierers, der ihm gemäß § 856 BGB. verloren gegangen ist, wird aber auch durch das Finden noch nicht widerhergestellt. Dafür sprechen, worauf *Planck*, *Biermann* und *Rosenberg* aufmerksam machen, die Vorschriften der §§ 940, 973 BGB. Nach § 940 gilt die Ersitzung nicht als unterbrochen, wenn der Ersitzende innerhalb eines Jahres nach Besitzverlust den Besitz widererlangt. Wäre der Finder Besitzmittler, so wäre dem Erfordernis dieser Vorschrift schon dadurch, daß dieser die Sache an sich nimmt, Genüge getan. Dies entspricht nicht dem Sinne dieser Ausnahmevorschrift. Gerade bei der Ersitzung, wo durch Zeitablauf Eigentum erworben wird, ist eine genaue Kontrolle darüber erforderlich, wie lange der Besitz gewährt hat. Diese könnte bei dem Erwerb des Besitzes in Vermittlung durch den Finder in Frage

gestellt werden. Außerdem würde die einjährige Frist für den Eigentumserwerb des Finders laufen. Es würde dann entweder durch seinen Eigentumserwerb der mittelbare Besitz des Ersitzenden untergehen, oder, falls die Ersitzungsfrist vorher abläuft, das Finderrecht erlöschen. Ein derartiges nebeneinander Herlaufen und gegenseitiges sich Ausschließen von Rechten ist unbefriedigend und vom Gesetz nicht beabsichtigt.

Daß die eine Partei die andere kennt, ist ein äußerer Umstand, der für das Rechtsverhältnis als solches nicht von Bedeutung ist. Dies wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn der Verlierer den Finder mit der Aufsuchung beauftragt hätte. (Vgl. Rohde Abschnitt 21 Seite 47 f.). Beläßt der Verlierer dem Finder den Besitz, nachdem er von dem Funde erfahren hat, so wird das Verhältnis der Verwahrung ähnlich. Sonst ist die Sache dem Verlierer wirtschaftlich solange verloren, bis er sie zurückerlangt. Das Verhältnis ist also wirtschaftlich nicht ein so enges, daß es zur Besitzvermittlung geeignet wäre. (Vgl. auch Gierke Fahrnisb. Seite 7 Anm. 15 und deutsches Privatr. II § 114 Anm. 39).

Wir haben also gesehen, daß, obwohl der Fund in gewisser Beziehung ein Sonderfall der Geschäftsführung ohne Auftrag ist, für die Frage, ob diese Verhältnisse mittelbaren Besitz begründen, in beiden Fällen völlig verschiedene Argumente maßgebend sind, weshalb man für den einen Fall sich seine Ansicht bilden kann, ohne auf den andern Rücksicht nehmen zu müssen.

§ 6. Ergebnis.

Wir haben nunmehr die einzelnen Rechtsverhältnisse, die zur Schaffung mittelbaren Besitzes geeignet sind, kennen gelernt. Es hat sich gezeigt, daß sie den verschiedensten Tatbeständen entspringen können:

Aus Vertrag zwischen den unmittelbar Beteiligten, aus einem gesetzlichen Besitznahmerecht des unmittelbaren Besitzers, aus dem Erwerb des unmittelbaren Besitzers als Stellvertreter des mittelbaren Besitzers, aus nur gesetzlichen Schuldverhältnissen, wie der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Wir haben gesehen, daß für die Berechtigung des unmittelbaren Besitzers keine feste Zeitgrenze erforderlich ist, sondern es genügt, daß das Verhältnis irgendwann einmal endigt, wie beim Erbbaurecht. Wir haben weiter festgestellt, daß der mittelbare Besitz nicht notwendig durch Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer beendet werden muß, sondern daß dies auf jede andere Weise geschehen kann, insbesondere durch Veräußerung oder vollen Erwerb seitens des Besitzmittlers, wie die Fälle der Verkaufskommission und des Eigentumsvorbehaltes gemäß § 455 BGB. uns gelehrt haben. Es hat sich aber auch gezeigt, daß die

meiſten von der Wiſſenſchaft aufgeſtellten Merkmale für die Ähnlichkeit der Verhältniſſe in irgendeiner Beziehung unvollſtändig ſind.

So iſt das Merkmal des Anvertrauens, worin Strohal das Weſentliche ſieht, nur bei den vertraglich entſtandenen Verhältniſſen gegeben. Strohal erkennt zwar auch andere Verhältniſſe als Beſitz vermittelnd an; dieſe aber auf eine Überlaſſung zurückzuführen, iſt zum mindeſten eine unnatürliche Vorſtellungsweiſe, wie insbeſondere bei den Fällen des Erwerbs durch einen Beauftragten. Ein Vermögensopfer für den mittelbaren Beſitzer ſtellt der Erwerb des mittelbaren Beſitzes ſehr oft, aber doch nicht immer dar, z. B. wenn der Ehemann mit Mitteln des eingebrachten Gutes Gegenſtände dieſes Gutes erſetzt. Denn wenn der Mann mit den in ſeinem unmittelbaren Beſitz befindlichen Mitteln dieſes Gutes die neu angeſchafften Sachen bezahlt, ſteht ſich die Frau nach dem Erwerb des mittelbaren Beſitzes nicht ſchlechter als vorher, da ſie hier keine weitere Schuld auf ſich nehmen muß.

Auch die herrſchende Lehre, daß der unmittelbare Beſitz ein aus dem Beſitzrecht des Herrn abgeleiteter ſei, leidet an dem ſchon in § 3 feſtgeſtellten Mangel. Eine Ableitung liegt auch beim Beſitzerwerb gemäß § 929 Seite 1 und § 854 Abſ. 2 BGB vor, und außerdem bringt ſie keine Beſchreibung des Verhältniſſes, ſo daß man über die Art und Beſchaffenheit des Verhältniſſes nichts erfährt.

Aus dem bisher betrachteten einzelnen Verhältniſſen ſcheint ſich mir zu ergeben, daß ihnen allen gemeinſam iſt eine beſtimmte wirtſchaftliche Bindung der Sache an die Perſon des mittelbaren Beſitzers. Ebenſo wie beim Beſitz im allgemeinen als tatſächliche Gewalt rein auf das wirtſchaftliche und tatſächliche Verhältnis des Gewalthabers zur Sache Gewicht gelegt wird, kommt es beim mittelbaren Beſitz auf ein ſolches wirtſchaftliches Verhältnis des mittelbaren Beſitzers zur Sache an, das ſich auf ein beſtimmtes Rechtsverhältnis gründet. Es muß alſo ein Rechtsverhältnis beſtehen, das den mittelbaren Beſitzer dem unmittelbaren gegenüber auf die Dauer berechnet wirtſchaftlich als Herrn der Sache erſcheinen läßt. (Ähnl. Faſſung bei Leonhard Bürg.R. S.102). Es handelt ſich alſo um einen gemiſchten Tatbeſtand, der ſich aus rechtlichen und tatſächlichen Beſtandteilen zuſammenſetzt. Daher darf die Sache nie rechtlich dem Vermögen des Mittlers angehören, wie das ſchon bei Betrachtung einzelner Rechtsverhältniſſe, ſo beim Erwerb des Beauftragten, der nicht Stellvertreter iſt, und beim Kauf unter Lieferungsaufſchub, gezeigt wurde. Sie braucht aber auch nicht zum Vermögen des mittelbaren Beſitzers zu gehören. Das zeigt die Möglichkeit eines mehrſtufigen mittelbaren Beſitzes § 871 BGB. Je näher einer der mittelbaren Beſitzer auf der

Stufenleiter dem Eigentümer der Sache steht, um so stärker wird seine wirtschaftliche Stellung in dem eben bezeichneten Sinne. Auch besteht kein Bedenken, wenn z. B. jemand im Auftrag eines andern als dessen Stellvertreter erwirbt, trotz etwaiger Nichtigkeit des Übereignungsgeschäfts, dem Auftraggeber mittelbaren Besitz zuzusprechen; denn in § 868 ist nicht vom Eigentum des mittelbaren Besitzers die Rede, sondern nur von dem Rechtsverhältnis, kraft dessen der unmittelbare Besitzer berechtigt ist. Auch wenn er die Sache selber in seiner tatsächlichen Gewalt hätte, wäre er ja, obgleich er kein Eigentum erworben hat, doch unmittelbarer Besitzer. Für den Augenblick hat der unmittelbare Besitzer als Inhaber eine stärkere wirtschaftliche Stellung. Auf die Dauer überwiegt jedoch die Stellung des mittelbaren Besitzers, weil sein Recht auch über das Rechtsverhältnis hinaus besteht und im Hintergrund immer sein Herausgabeanspruch steht, während der Mittler nur auf Grund des Verhältnisses berechtigt ist.

Ich möchte daher nun an den Schluß der Arbeit folgende Definition des mittelbaren Besitzes stellen:

Mittelbarer Besitz ist der durch den Besitz eines andern in einem Rechtsverhältnis, demzufolge der Gegner des unmittelbaren Besitzers auf die Dauer berechnet, diesem gegenüber wirtschaftlich als Herr der Sache erscheint, vermittelte Besitz.

Lebenslauf.

Ich, Harro Lorenzen, wurde am 12. Dezember 1908 als Sohn des Apothekers August Lorenzen und seiner Ehefrau Margot geb. v. Müller in Blankenese bei Hamburg geboren. Da ich innerhalb des ersten halben Jahres meines Lebens erblindete, war es mir zunächst nicht möglich, eine öffentliche Schule zu besuchen. Ich hatte daher ab Herbst 1915 bis Ostern 1924 fortlaufend Privatunterricht. Ostern 1924 trat ich in die Obersekunda des Reformrealgymnasiums in Blankenese ein; diese Schule besuchte ich zwei Jahre lang. Ostern 1926 trat ich in die Schule (Reformrealgymnasium) der Marburger „Hochschulbücherei, Studienanstalt und Beratungsstelle für blinde Studierende“ e. V. ein. Im Oktober 1928 legte ich an dem Reformrealgymnasium in Marburg als Externer die Reifeprüfung ab.

Vom Wintersemester 1927—28 bis zum Wintersemester 1931—32 einschl. studierte ich an der Philipps-Universität in Marburg Rechts- und Staatswissenschaft. Am 17. Dezember 1932 bestand ich vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Das Colloquium bestand ich am 27. Oktober 1933 an der Philipps-Universität in Marburg. Seit dem 10. August 1933 bin ich am Amtsgericht in Marburg als Referendar tätig.